

## **BAB I**

### **PENDAHULUAN**

#### **A. Latar Belakang**

Semenjak diberlakukannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, sampai saat ini masih banyak ditemukan peristiwa pernikahan atau perkawinan yang hanya memperhatikan keabsahan dari aspek agama saja tanpa memperhatikan amanat pasal 2 ayat 2 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menentukan bahwa tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut perundang-undangan yang berlaku.<sup>1</sup>

Hal ini dapat dibuktikan diantaranya dengan masih banyaknya pengajuan atau permohonan isbat nikah ke Pengadilan Agama. Isbat nikah adalah penetapan atas pernikahan atau perkawinan seorang laki-laki dengan seorang perempuan sebagai suami isteri dimana pernikahan atau perkawinan mereka sudah dilakukan tetapi belum dicatat oleh pejabat yang berwenang.

Dasar hukum pelaksanaan isbat nikah dapat ditemukan pada pasal 7 ayat (2), (3) dan (4) Kompilasi Hukum Islam, Buku II Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Agama pada bab II huruf b angka 2 sub 6, Surat Edaran Nomor 3 Tahun 2004 Tentang Tatacara dan Pemeriksaan Perkara Voluntair Isbat nikah dalam Pelayanan Terpadu dan Surat Edaran Mahkamah agung (SEMA) Nomor 03 Tahun 2014 tentang Tata Cara Pelayanan dan Pemeriksaan Perkara Voluntair Isbat nikah dalam Pelayanan Terpadu . Dalam mengajukan permohonan isbat nikah ke Pengadilan Agama, para pemohon umumnya mengajukan alat bukti berupa fotocopy kartu tanda

---

<sup>1</sup>Departemen Agama RI, *Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, PP Nomor 9 Tahun 1975 dan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: 2004, h. 14.

penduduk dan fotocopy kartu keluarga yang dikeluarkan oleh Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil serta surat keterangan menikah yang dikeluarkan oleh Kepala Desa atau Lurah.

Terhadap alat bukti yang diajukan oleh para pemohon sebagaimana disebutkan di atas (alat bukti kartu keluarga dan alat bukti surat keterangan menikah), telah terjadi pelanggaran terhadap Undang Undang Nomor 24 Tahun 2013 tentang Administrasi Kependudukan, Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan termasuk pelanggaran terhadap Kompilasi Hukum Islam yang menjadi dasar dari pelaksanaan isbat nikah.

Indikasi pelanggaran dimaksud seperti alat bukti berupa *Kartu Keluarga*. Dalam pasal 1 ayat 13 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2013 disebutkan bahwa :

... “ Kartu Keluarga selanjutnya disingkat KK adalah kartu identitas keluarga yang memuat data tentang nama, susunan dan hubungan dalam keluarga serta identitas anggota keluarga. Berikutnya dalam pasal 58 ayat 2 huruf v, w dan x disebutkan bahwa data perseorangan meliputi; v. kepemilikan akta perkawinan/buku nikah; w. nomor akta perkawinan/buku nikah; x. tanggal perkawinan. Jika dalam Kartu Keluarga mencantumkan anak, maka pada pasal 50 ayat 2 ditentukan bahwa: Pengesahan anak hanya berlaku bagi anak yang orang tuanya telah melakukan perkawinan sah menurut hukum agama dan hukum Negara.<sup>2</sup>

Kemudian terhadap alat bukti berupa *surat keterangan menikah* yang dikeluarkan oleh Kepala Desa atau Lurah juga patut diduga telah terjadi

---

<sup>2</sup>Lihat Undang-Undang No. 24 Tahun 2013 Tentang Perubahan Undang Undang No. 23 Tahun 2006 Tentang Administrasi Kependudukan pasal 1 ayat 13 dan pasal 58 ayat 2.

pelanggaran terhadap Undang Undang Nomor 24 Tahun 2013 pasal 8 ayat 2 yang berbunyi: Kewajiban sebagaimana dimaksud pada ayat 1 huruf (a) bahwa untuk pencatatan nikah, talak, cerai dan rujuk bagi penduduk yang beragama Islam dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah pada KUA Kecamatan.<sup>3</sup>

Ketentuan tentang pencatatan perkawinan juga diatur pada Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 pasal 2 ayat 1 yang berbunyi bahwa pencatatan perkawinan dari mereka yang melangsungkan perkawinannya menurut agama Islam dilakukan oleh Pegawai Pencatat sebagaimana dimaksud dalam Undang Undang Nomor 32 Tahun 1954 tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk.<sup>4</sup> Dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 5 ayat 1 diatur bahwa agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat dan pada ayat 2 disebutkan bahwa pencatatan perkawinan dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah sebagaimana diatur dalam Undang Undang Nomor 22 Tahun 1946 jo. Undang Undang Nomor 32 Tahun 1954. Selanjutnya pada pasal 7 ayat 1 Kompilasi Hukum Islam juga disebutkan bahwa perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan akta nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah.<sup>5</sup>

Bahkan dalam Undang Undang Nomor 22 Tahun 1946 pasal 3 ayat (1) mengatur bahwa barang siapa yang melakukan akad nikah atau nikah dengan seorang perempuan tidak dibawah pengawasan pegawai yang dimaksudkan pada pasal 1 ayat 2 atau wakilnya, dihukum denda sebanyak-

---

<sup>3</sup>*Ibid.*

<sup>4</sup>Departemen Agama RI, Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 2 ayat 1.

<sup>5</sup>Departemen Agama RI, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, PP Nomor 9 Tahun 1975 dan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia, Jakarta, 2004, h. 129

banyaknya Rp. 50,- (Lima puluh rupiah).<sup>6</sup> Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 pasal 45 ayat 1 huruf (a) juga menentukan bahwa barang siapa yang melanggar ketentuan yang diatur dalam pasal 3 dan pasal 10 ayat 3 Peraturan Pemerintah ini dihukum dengan hukuman denda setinggi-tingginya Rp. 7. 500,- (Tujuh ribu lima ratus rupiah).<sup>7</sup>

Beranjak dari fakta dan realita, memang tidak dapat dipungkiri bahwa isbat nikah memberi dampak positif kepada masyarakat terutama di bidang pencatatan perkawinan, namun pada sisi lain juga berdampak kepada adanya kecenderungan untuk mengabaikan pencatatan perkawinan secara langsung karena beranggapan bahwa perkawinan pada suatu saat bisa saja di isbatkan. Dengan demikian tujuan normatif dari pencatatan perkawinan tidak terpenuhi dan makna historis Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tidak efektif sehingga tujuan lahirnya undang-undang tersebut tidak tercapai.

Berdasarkan hal tersebut di atas Peneliti akan melakukan penelitian terhadap masalah isbat nikah terutama berkenaan dengan proses dan alat bukti yang diajukan dalam pelaksanaan isbat nikah dengan judul: **Kritik Konstruktif Terhadap Alat Bukti Dalam Isbat nikah.**

## **B. Rumusan Masalah**

Dari latar belakang di atas maka dapat dirumuskan masalah yang akan diteliti adalah :

1. Bagaimana proses isbat nikah di Pengadilan Agama ?

---

<sup>6</sup>Undang Undang No. 22 Tahun 1946 Tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk pasal 3 ayat (1).

<sup>7</sup>Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang Undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan BAB IX Pasal 45 ayat 1.

2. Bagaimana kritik konstruktif terhadap alat bukti dalam isbat nikah ?

### **C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian**

Tujuan dari penelitian ini diantaranya :

1. Untuk mengkaji dan menelaah tentang proses isbat nikah di Pengadilan Agama, dasar hukum isbat nikah termasuk dampak pelaksanaan isbat nikah dalam pencatatan perkawinan. .
2. Untuk mengkaji dan menganalisis secara kritis tentang alat bukti yang diajukan dalam isbat nikah.

Dengan tujuan di atas maka peneliti mengharapkan dari hasil penelitian ini akan bermanfaat dan berguna sebagai bahan kajian lebih lanjut untuk perkembangan dan kajian hukum tentang isbat nikah dan pencatatan pernikahan atau perkawinan di Indonesia.

### **D. Metode Penelitian dan Sistematika Penulisan**

#### **1. Jenis Penelitian**

Penelitian ini menggunakan metode Library Reseach atau penelitian kepustakaan yaitu penelitian dengan menggunakan literatur (kepustakaan) sebagai bahan. Bahan dimaksud baik berupa Peraturan Perundang-undangan, Peraturan Pemerintah, Tesis, jurnal dan beberapa hasil penetapan dari Pengadilan Agama Kuala Kapuas tentang isbat nikah dan sumber bacaan lainnya.

Secara lebih spesifik penelitian ini berjenis penelitian hukum normatif. Penelitian hukum normatif sebagaimana yang dikemukakan oleh Soerjono Soekanto adalah penelitian hukum yang dilakukan dengan



cara meneliti bahan pustaka.<sup>8</sup> Penelitian hukum normatif dilakukan dengan cara meneliti bahasan pustaka yang merupakan data sekunder dan disebut juga penelitian hukum kepustakaan.<sup>9</sup>

Penelitian hukum normatif berbeda dengan penelitian hukum hukum empiris. Perbedaan penelitian dimaksud sebagaimana dikemukakan oleh Sabian Utsman dalam bukunya *Metode Penelitian Hukum Progresif* yaitu :

...” Perbedaan yang mendasar antara penelitian hukum yang normatif ( hukum sebagai fakta hukum ) dan penelitian hukum sebagai fakta sosial ( socio-legal ) terutama pada langkah-langkah teknis yang dilakukan yaitu dalam hal mana langkah-langkah yang dilakukan penelitian yang normatif menekankan pada langkah-langkah spekulatif teoritis pada peristiwa hukum sedangkan langkah-langkah penelitian hukum sebagai fakta sosial ( socio-legal ) yang menekankan pada pentingnya langkah-langkah observasi, pengamatan dan analisis yang bersifat empiris atau lebih dikenal dengan socio-legal research.<sup>10</sup>

Dalam penelitian dilakukan kajian hukum normatif untuk menelaah tentang alat bukti dalam isbat nikah ditinjau dari teori hukum pembuktian, teori pembuktian dalam hukum Islam, teori kewenangan hakim, teori yuresprudensi, teori kepastian hukum, teori *critical legal studies*, teori *hifdzun nasl* atau perlindungan keturunan dan teori administrasi negara.

## 2. Pendekatan Penelitian

Pendekatan yang akan peneliti gunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dari teori kepastian hukum, teori yuresprudensi, teori kewenangan hakim, teori administrasi negara,

<sup>8</sup>Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, Jakarta:Raja Grafindo Persada, 2003, h.13.

<sup>9</sup>Sabian Utsman, *Metodologi Penelitian Hukum Progresif Pengembaraan Permasalahan Penelitian Hukum Aplikasi Mudah Membuat Proposal Penelitian Hukum*, Yoyakarta: Pustaka Pelajar, 2014, h. 2.

<sup>10</sup>*Ibid*, h. 2-3.

teori hukum pembuktian, teori pembuktian dalam hukum Islam, teori *critical legal studies*, teori *hifdzun nasl* atau perlindungan keturunan.

### **3. Penggalan Bahan dan Data**

Bahan dan data dalam penelitian ini diperoleh dari :

- a. Bahan primer yang terdiri dari Undang-Undang terkait dengan pembahasan yaitu Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2013 Tentang Administrasi Kependudukan, Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 Tentang Kekuasaan Kehakiman, TAP MPR RI Nomor III Tahun 2000, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Peraturan Perundang-Undangan Nasional, Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, Kompilasi Hukum Islam dan Undang-Undang atau peraturan terkait lainnya serta beberapa salinan penetapan isbat nikah dari Pengadilan Agama Kuala Kapuas.
- b. Bahan sekunder yang terdiri dari penelitian-penelitian terdahulu yang terkait dengan pembahasan tentang isbat nikah, jurnal, buku-buku dan referensi lainnya yang terkait dengan pembahasan dalam penelitian ini.

### **4. Analisis Data**

Penelitian ini merupakan kritik konstruktif terhadap alat bukti dalam pelaksanaan isbat nikah. Dalam penelitian ini peneliti akan menganalisa seluruh data yang diperoleh dengan metode analisis kritis. Analisis dimulai dari proses pelaksanaan isbat nikah dan kemudian melakukan kajian atau analisis terhadap alat bukti yang diajukan oleh para

pemohon isbat nikah. Analisis akan diperkuat dengan hasil penetapan isbat nikah dari Pengadilan Agama Kuala Kapuas.

Peneliti juga akan mengkaji dasar hukum pelaksanaan isbat nikah ditinjau dari hirarki dan tata urutan perundang-undangan yang berlaku di negara Indonesia. Kemudian peneliti akan menganalisis dampak hukum dari pelaksanaan isbat nikah. Untuk membantu melakukan analisis maka peneliti akan menggunakan beberapa teori dan konsep hukum diantaranya teori hukum pembuktian, teori hukum pembuktian dalam Islam, teori hukum kewenangan hakim, teori hukum yurisprudensi, teori kepastian hukum, teori *critical legal studies*, teori *hifzun nasl* dan teori administrasi negara.

## **5. Kerangka Pikir**

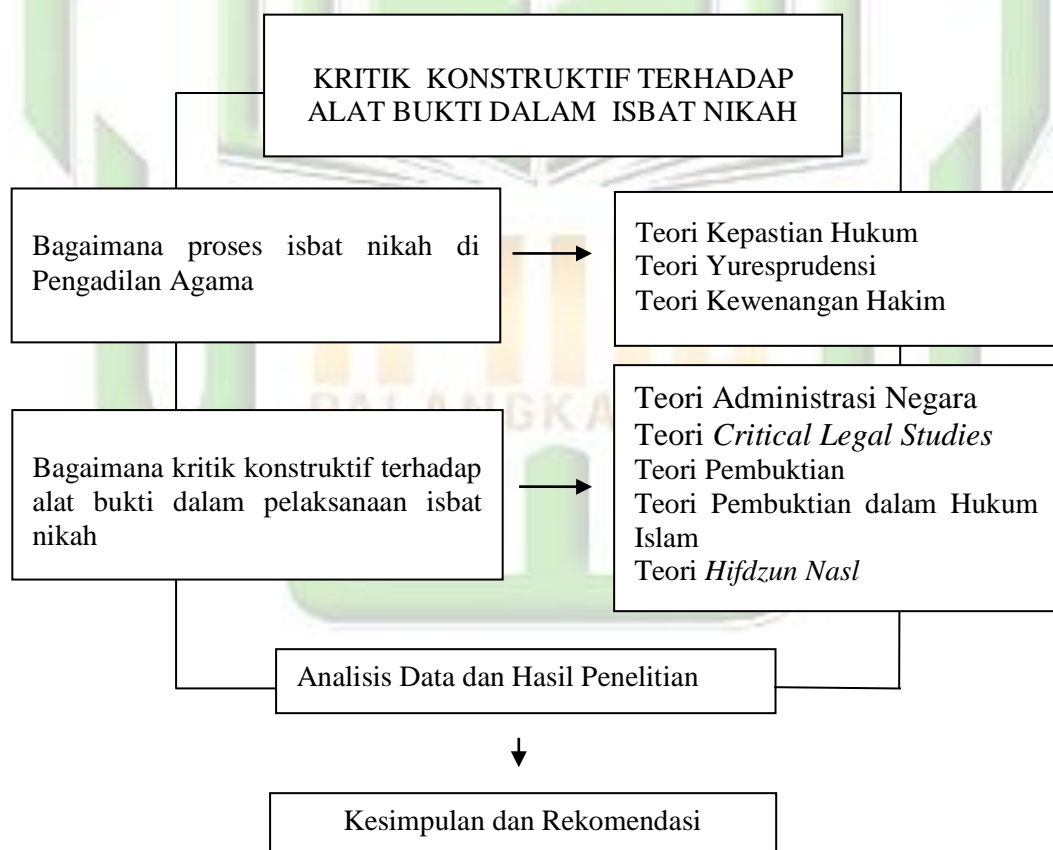
Dalam pelaksanaan isbat nikah di Pengadilan Agama, para pemohon mengajukan alat bukti di antaranya berupa fotocopi Kartu Keluarga dan Surat Pernyataan Menikah dari Kepala Desa atau Lurah. Berkenaan dengan alat bukti diajukan para pemohon, telah terjadi pelanggaran terhadap Undang-Undang Nomor: 24 tahun 2013 tentang administrasi kependudukan, Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan serta termasuk pula pelanggaran terhadap Kompilasi Hukum Islam yang menjadi dasar pelaksanaan isbat nikah. Kemudian penggunaan Kompilasi Hukum Islam sebagai dasar hukum pelaksanaan isbat nikah juga masih dapat diperdebatkan karena Kompilasi Hukum Islam diberlakukan hanya berdasarkan pada Instruksi Presiden (Inpres). Menurut tata urutan perundang-undangan di Indonesia, Inpres



(Instruksi Presiden) tidak masuk dalam tata urutan perundang-undangan. Tata urutan perundang-undangan menurut Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 adalah: UUD 1945, TAP MPR, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Daerah.<sup>11</sup> Berdasarkan kerangka pikir tersebut peneliti ingin mengkritisi tentang isbat nikah melalui sebuah penelitian dengan judul ***Kritik Konstruktif Terhadap Alat Bukti Dalam Isbat nikah.***

## 6. Denah Penelitian

Gambaran proses penelitian secara keseluruhan di uraikan sebagaimana denah dibawah ini :



<sup>11</sup>Sabian Utsman, *Restorative Justice, Hukum Masyarakat Nelayan Saka dalam Sistem Hukum Nasional (Hukum Penguasaan, Pemilikan, dan Konflik Saka)*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2013, h. 259.

## E. Kerangka Teori dan Konsep Penelitian

### 1. Kerangka Teori

Mengutip apa yang dikatakan oleh Sabian Utsman dalam bukunya *Dasar Dasar Sosiologi Hukum* bahwa berbicara mengenai teori maka akan berhadapan dengan dua macam realitas, yaitu *realitas in abstracto* yang ada di dalam alam ide (*idea imaginative*) dan *realitas in concreto* yang berada dalam pengalaman inderawi. Dalam banyak literatur, beberapa ahli menggunakan kata teori untuk menunjukkan bangunan berpikir yang tersusun sistematis, logis, empiris dan simbolis.<sup>12</sup>

Teori yang dimaksud peneliti dalam pembahasan ini adalah teori-teori hukum baik teori hukum dalam pengertian umum maupun teori hukum Islam. Teori-teori dimaksud adalah sebagai berikut:

#### a. Teori Kepastian Hukum

Kepastian adalah perihal (keadaan) yang pasti, ketentuan atau ketetapan. Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Pasti sebagai pedoman kelakuan dan adil karena pedoman kelakuan itu harus menunjang suatu tatanan yang dinilai wajar. Hanya karena bersifat adil dan dilaksanakan dengan pasti hukum dapat menjalankan fungsinya. Menurutnya kepastian dan keadilan bukanlah sekedar tuntutan moral melainkan secara faktual mencirikan hukum. Suatu hukum yang tidak pasti dan tidak mau adil bukan sekedar hukum yang buruk, melainkan

---

<sup>12</sup>Sabian Utsman, *Dasar Dasar Sosiologi Hukum*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010, h. 52.

bukan hukum sama sekali. Kedua sifat itu termasuk paham hukum itu sendiri (*den begriff des Rechts*).<sup>13</sup>

Hukum adalah kumpulan peraturan-peraturan atau kaidah-kaidah dalam suatu kehidupan bersama, keseluruhan peraturan tentang tingkah laku yang berlaku dalam suatu kehidupan bersama yang dapat dipaksakan pelaksanaannya dengan suatu sanksi.<sup>14</sup> Kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak lagi dapat dijadikan pedoman perilaku bagi semua orang. *Ubi jus incertum, ibi jus nullum* (di mana tiada kepastian hukum, di situ tidak ada hukum).<sup>15</sup>

Menurut Apeldoorn, kepastian hukum mempunyai dua segi yaitu :

- Pertama : Mengenai soal dapat ditentukannya (*bepaalbaarheid*) hukum dalam hal-hal yang konkret. Artinya pihak-pihak yang mencari keadilan ingin mengetahui apakah yang menjadi hukumnya dalam hal yang khusus, sebelum ia memulai perkara.
- Kedua : Kepastian hukum berarti keamanan hukum. Artinya perlindungan bagi para pihak terhadap kesewenangan hakim.<sup>16</sup>

Adapun menurut Jan Michiel Otto kepastian hukum yang sesungguhnya lebih berdimensi yuridis. Namun Otto ingin memberikan batasan kepastian hukum yang lebih jauh. Untuk itu ia mendefinisikan kepastian hukum sebagai kemungkinan bahwa dalam situasi tertentu:

- a) Tersedia aturan-aturan yang jelas (jernih), konsisten dan mudah diperoleh (*accessible*), diterbitkan oleh dan diakui karena (kekuasaan) negara;

<sup>13</sup>Sidharta, *Moralitas Profesi Hukum Suatu Tawaran Kerangka Berfikir*, Bandung: Refika Aditama, 2006, h. 79-80.

<sup>14</sup>Sudikno Mertokusomo dan Halim Hs, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Perkasa, 2010, h. 34.

<sup>15</sup>Ibid, h. 82.

<sup>16</sup>Sidharta, *Moralitas....*, h. 82-83.

- b) Instansi-instansi penguasa(pemerintahan) menerapkan aturan- aturan hukum tersebut secara konsisten dan juga tunduk dan taat kepadanya;
- c) Warga secara prinsipil menyesuaikan prilaku mereka terhadap aturan- aturan tersebut;
- d) Hakim-hakim (peradilan) yang mandiri dan tidak berpihak menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten sewaktu mereka menyelesaikan sengketa hukum, dan;
- e) Keputusan peradilan secara konkrit dilaksanakan.<sup>17</sup>

Hukum yang di tegakkan oleh instansi penegak hukum yang disertai tugas untuk itu, harus menjamin “kepastian hukum” demi tegaknya ketertiban dan keadilan dalam kehidupan masyarakat. Ketidak pastian hukum akan menimbulkan kekacauan dalam kehidupan masyarakat dan akan saling berbuat sesuka hati serta bertindak main hakim sendiri. Keadaan seperti ini menjadikan kehidupan berada dalam suasana social disorganization atau kekacauan sosial.<sup>18</sup>

Kepastian hukum adalah “*sicherheit des Rechts selbst*” (kepastian tentang hukum itu sendiri). Ada empat hal yang berhubungan dengan makna kepastian hukum yaitu :

Pertama, bahwa hukum itu positif, artinya bahwa ia adalah perundang undangan (*gesetzliches Recht*). Kedua, bahwa hukum itu didasarkan pada fakta (*Tatsachen*), bukan suatu rumusan tentang penilaian yang nanti akan dilakukan oleh hakim, seperti “kemaian baik”, ”kesopanan”. Ketiga, bahwa fakta itu harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga

---

<sup>17</sup>*Ibid*, h. 85.

<sup>18</sup>M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHP Penyidikan dan Penuntutan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2002, h. 76.

menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping juga mudah dijalankan. Keempat, hukum positif itu tidak boleh sering diubah-ubah.<sup>19</sup>

Masalah kepastian hukum dalam kaitan dengan pelaksanaan hukum memang sama sekali tak dapat dilepaskan sama sekali dari perilaku manusia. Kepastian hukum bukan mengikuti prinsip “pencet tombol” (subsumsi otomatis), melainkan sesuatu yang cukup rumit, yang banyak berkaitan dengan faktor diluar hukum itu sendiri. Berbicara mengenai kepastian, maka seperti dikatakan Radbruch, yang lebih tepat adalah kepastian dari adanya peraturan itu sendiri atau kepastian peraturan (*sicherheit des Rechts*).<sup>20</sup>

Konsep kepastian hukum mencakup sejumlah aspek yang saling mengkait. Salah satu aspek dari kepastian hukum ialah perlindungan yang diberikan pada individu terhadap kesewenang-wenangan individu lainnya, hakim, dan administrasi (pemerintah). Adalah kepercayaan akan kepastian hukum yang seharusnya dapat dikaitkan individu berkenaan dengan apa yang dapat diharapkan individu akan dilakukan penguasa, termasuk juga kepercayaan akan konsistensi putusan-putusan hakim atau administrasi (pemerintah).<sup>21</sup>

Herlien Budiono mengatakan bahwa kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat dijadikan sebagai pedoman perilaku bagi semua orang. Apeldoorn

---

<sup>19</sup>Satjipto Rahardjo, *Hukum Dalam Jagad Ketertiban*, Jakarta: UKI Press, 2006, h. 135-136.

<sup>20</sup>*Ibid*, h. 139

<sup>21</sup>Herlin Budiono, *Asas Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia, Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-Asas Wigati Indonesia*, Bandung: Citra aditya Bakti, 2006, h. 208

mengatakan bahwa kepastian hukum memiliki dua segi yaitu dapat ditentukannya hukum dalam hal yang konkret dan keamanan hukum. Hal ini berarti pihak yang mencari keadilan ingin mengetahui apa yang menjadi hukum dalam suatu hal tertentu sebelum ia memulai perkara dan perlindungan bagi para pihak dalam kesewenangan hakim.<sup>22</sup>

#### **b. Teori Kewenangan Hakim**

Menurut Undang-Undang 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan kehakiman, dalam Pasal 1 yang dimaksud dengan Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.

Dalam Pasal 11 Pengadilan memeriksa, mengadili, dan memutus perkara dengan susunan majelis sekurang-kurangnya 3 (tiga) orang hakim, kecuali undang-undang menentukan lain. Susunan hakim sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdiri dari seorang hakim ketua dan dua orang hakim anggota. Hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara dibantu oleh seorang panitera atau seorang yang ditugaskan melakukan pekerjaan panitera. Dalam perkara pidana wajib hadir pula seorang penuntut umum, kecuali undang-undang menentukan lain.

Disebutkan dalam Pasal 14 ayat (1) Putusan diambil berdasarkan sidang permusyawaratan hakim yang bersifat rahasia. Dalam sidang permusyawaratan, setiap hakim wajib menyampaikan pertimbangan atau

---

<sup>22</sup>A. Madjedi Hasan, *Kontrak Miyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*, Jakarta: Fikahati Aneska, 2009, h. 7.



pendapat tertulis terhadap perkara yang sedang diperiksa dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari putusan. Dalam hal sidang permusyawaratan tidak dapat dicapai mufakat bulat, pendapat hakim yang berbeda wajib dimuat dalam putusan.<sup>23</sup>

Putusan menurut buku Peristilahan Hukum dan Praktik yang dikeluarkan oleh Kejaksaan Agung RI 1985 adalah hasil atau kesimpulan dari sesuatu yang telah dipertimbangkan dan dinilai dengan semasak-masaknya yang dapat berbentuk tertulis ataupun lisan. Ada pula yang mengartikan putusan sebagai terjemahan dari kata vonis, yaitu hasil akhir dari pemeriksaan perkara disidang pengadilan. Banyaknya definisi mengenai putusan ini disebabkan Indonesia mengadopsi peraturan perundang-undangan dari Belanda beserta istilah-istilah hukumnya, diterjemahkan oleh ahli bahasa dan bukan oleh ahli hukum. Hal ini mengakibatkan ketidakcermatan penggunaan istilah-istilah hukum pada saat sekarang. Sebagai contoh yaitu kesalahan menyamakan istilah putusan dan keputusan namun hal tersebut merupakan sesuatu yang sama sekali berbeda.<sup>24</sup>

### c. Teori *Critical Legal Studies*

Pada tahun 1977 di kota Madison, negara bagian Wisconsin, Amerika Serikat diadakan “*Conference on Critical Legal Studies*”. Penyelenggara konferensi tersebut adalah para akademisi hukum yang terlibat dalam gerakan hak-hak sipil dan kampanye anti perang Vietnam. Mereka menganggap formalisme hukum tidak dapat menjawab berbagai

---

<sup>23</sup>Undang-Undang 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan kehakiman

<sup>24</sup>Evi Hartanti, *Tindak Pidana Korupsi Cet 2*, Jakarta: Sinar Grafika, 2008, h. 54.

bentuk diskriminasi di masyarakat Amerika dan juga Perang Vietnam. Jadi konferensi ini mencari cara baru dalam menafsirkan hukum dan lahirlah *Critical Legal Studies*.<sup>25</sup>

Tokoh dibalik *Critical Legal Studies* ini adalah Duncan Kennedy, Karl Klare, Mark Kelman, Mark Tushnet, Morton Horwitz, Jack Balkin dan Roberto M. Unger. Ideologi keilmuan para tokoh hukum ini beragam. Duncan Kennedy adalah seorang Marxis, sementara Roberto M. Unger adalah seorang liberal radikal. Walau ideologi keilmuan mereka beragam, tapi mereka disatukan oleh anggapan, bahwa hukum tidak terpisahkan dari politik. Gagasan tersebut antara lain mendapat inspirasi dari realisme hukum yang pragmatis itu dan yang muncul di Amerika Serikat pada tahun 1920-an dengan tokoh seperti Oliver Wendel Holmes dan Jerome Franks. Filsafat pragmatisme ini mendorong orang untuk lebih memperhatikan cara hakim mempraktekan hukum daripada asas-asas dan teori-teori hukum. Menurut mereka banyak faktor non-hukum seperti pandangan hidup pribadi, situasi politik dan kepentingan sosial yang mempengaruhi hakim saat memeriksa dan memutus kasus hukum.

Dengan demikian *Critical Legal Studies* menolak anggapan tentang hukum yang netral, obyektif dan otonom. Sebab menurut Roberto M. Unger setiap metode hukum tertentu akan menghasilkan pilihan hukum tertentu. Dengan kata lain pilihan praktisi hukum terhadap metode hukum tertentu akan menghasilkan keputusan hukum yang tertentu pula. Selain itu setiap sistem pembuat hukum dengan sendirinya juga mencerminkan

---

<sup>25</sup>Ifdhal Kasim, *Berkenalan dengan Critical Legal Studies: Kata Pengantar Buku Roberto M. Unger, Gerakan Studi Hukum Kritis*, Jakarta: Elsam, 1999, h. X-XI.

nilai-nilai sosial-politik tertentu. Tentang hal ini Unger menulis sebagai berikut:

...”First, procedure is inseparable from outcome: every method makes certain legislative choices more likely than others .... Second, each lawmaking system itself embodies certain values; it incorporates a view of how power ought to be distributed in the society and how conflict should be resolved”.<sup>26</sup>

Itu sebabnya Unger mengatakan bahwa hukum tak terpisahkan dari politik dan berbagai norma non-hukum lainnya. Hukum dibentuk oleh berbagai faktor non-hukum seperti kepentingan ekonomi, ras, gender atau politik. Pembentukan hukum senantiasa mengandaikan interaksi dan negosiasi antar berbagai kelompok masyarakat. Akibatnya analisa hukum doktrinal hanya akan mengisolasi hukum dari konteks sosial-politiknya dan membuat hukum tidak bisa mengatasi berbagai masalah sosial politik seperti diskriminasi ras, gender, agama atau kelas.

Dalam perkembangannya *Critical Legal Studies* makin menunjukkan identitasnya sebagai sebuah mazhab yang menampung berbagai aliran hukum penentang formalisme hukum atau positivisme hukum. Dengan kata lain *Critical Legal Studies* adalah nama generik untuk menyebut realisme hukum, teori hukum marxisme, teori hukum feminis ataupun teori hukum postmodern.

*Critical Legal Studies* yang menganggap hukum tidak terpisah dari politik barang tentu juga menampung gerakan pluralisme hukum. Sebab

---

<sup>26</sup>Dennis Lloyd, *The Idea of Law*, Middlessex: Penguin Books, 1973, h. 213.

gerakan pluralisme hukum memungkinkan berbagai norma dan aturan yang secara “tradisional” tidak dikategorikan sebagai “hukum negara” ambil bagian dalam penyelesaian kasus. Bahkan berbagai norma dan aturan non-hukum tersebut turut mengubah “norma hukum”.

#### **d. Teori Pembuktian**

Pembuktian di muka pengadilan adalah merupakan hal yang terpenting dalam hukum acara karena pengadilan dalam menegakkan hukum dan keadilan tidak lain berdasarkan pembuktian. Hukum pembuktian termasuk dari bagian hukum acara dan Peradilan Agama mempergunakan hukum acara yang berlaku bagi Peradilan Umum.<sup>27</sup>

R. Subekti mengatakan bahwa yang dimaksud dengan pembuktian adalah suatu daya upaya para pihak yang berperkara untuk meyakinkan hakim tentang kebenaran dalil-dalil yang dikemukakannya didalam suatu perkara yang sedang dipersengketakan di muka pengadilan, atau yang diperiksa oleh hakim.<sup>28</sup> Dalam pengertian lain pembuktian adalah upaya para pihak yang berperkara untuk meyakinkan hakim akan kebenaran peristiwa atau kejadian yang diajukan oleh para pihak yang bersengketa dengan alat-alat bukti yang telah ditetapkan Undang-Undang.<sup>29</sup>

Pembuktian merupakan salah satu rangkaian tindakan hakim dalam melaksanakan tugas pokok pemeriksaan perkara yaitu mengonstatir perkara. Adapun tugas pokok hakim dalam pemeriksaan perkara yang dilakukan secara berurut dan sistematis yaitu :

---

<sup>27</sup>Roihan A. Rasyid, *Hukum Acara Peradilan Agama*, Jakarta: Raja Grafindo Perkasa, 2006, h. 143.

<sup>28</sup>Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata dalam Lingkungan Peradilan Agama*, Jakarta: Kencana, 2008, h. 227.

<sup>29</sup>*Ibid*, h. 227.

- Pertama : Mengonstatir perkara yaitu melihat benar tidaknya peristiwa dan fakta-fakta yang diajukan pihak-pihak yang berperkara, sebagaimana halnya pembuktian.
- Kedua : Mengualifisir peristiwa yang telah dikonstatir hukumnya atau mengadili menurut hukum
- Ketiga : Menetapkan dan menerapkan hukumnya untuk keadilan.<sup>30</sup>

Adapun arti membuktikan yaitu memberi dasar-dasar yang cukup kepada hakim yang memeriksa perkara yang bersangkutan guna memberi kepastian tentang kebenaran peristiwa yang diajukan.<sup>31</sup> Asas hukum pembuktian ini diatur dalam Pasal 163 HIR atau Pasal 283 RBg yang berbunyi: “Barang siapa yang mengatakan ia mempunyai hak, atau ia menyebutkan sesuatu perbuatan untuk menguatkan haknya itu, atau untuk membantah hak orang lain, maka orang itu harus membuktikan adanya hak itu atau adanya kejadian itu.”<sup>32</sup> Pokok dari pernyataan di atas dapat dirinci sebagai berikut:

1. Pihak yang mengatakan mempunyai hak harus membuktikan haknya tersebut.
2. Pihak yang menyebutkan suatu peristiwa untuk meneguhkan haknya harus membuktikan adanya peristiwa tersebut.
3. Pihak yang menyebutkan suatu peristiwa untuk membantah hak orang lain harus membuktikan adanya peristiwa tersebut.<sup>33</sup>

Praktek substansi asas pembuktian ini diterapkan secara selektif dalam proses peradilan. Dalam artian tidak semua fakta-fakta hukum harus dibuktikan di persidangan. Adapun fakta-fakta hukum yang tidak harus dibuktikan di persidangan mencakup mengenai hal-hal:

1. Apabila pihak tergugat/para tergugat mengakui kebenaran surat gugatan

<sup>30</sup>Aris Bintania, *Hukum Acara Peradilan Agama dalm Kerangka Fiqh Al Qadha*, Jakarta: Raja Grafindo Perkasa, 2012, h.54.

<sup>31</sup>Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2013, h.144.

<sup>32</sup>M. Fauzan, *Pokok Pokok Hukum Acara Perdata Peradilan Agama dan Mahkamah Syariah di Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2005, h.35.

<sup>33</sup>Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2012, h.128.



- penggugat atau para penggugat.
2. Apabila pihak tergugat/para tergugat tidak menyangkal surat gugatan penggugat atau para penggugat karena dianggap mengakui kebenaran surat tersebut.
  3. Apabila salah satu pihak melakukan sumpah pemutus.
  4. Apabila majelis hakim karena jabatannya dianggap telah mengetahui fakta-faktanya maksudnya Majelis Hakim/Hakim karena jabatannya dianggap telah mengetahui fakta-fakta tertentu dan kebenaran fakta-fakta ini dianggap telah diketahui oleh Majelis Hakim sehingga pembuktian tidak diperlukan lagi. Hal ini dapat dilihat dari fakta-fakta *prosesuil*, yaitu fakta-fakta yang terjadi selama proses persidangan berjalan dan dilihat sendiri oleh hakim, seperti dalam persidangan para pihak tidak hadir, pengakuan salah satu pihak di persidangan dan lain sebagainya.<sup>34</sup>

Setiap alat bukti yang diajukan di persidangan, sah bernilai sebagai alat bukti yang mempunyai nilai kekuatan pembuktian harus mencapai batas minimal. Jika tidak, alat bukti tersebut dikesampingkan dalam penilaian pembuktian. Batas minimal secara teknis dan populer dapat diartikan sebagai suatu jumlah alat bukti yang sah yang paling sedikit harus terpenuhi, agar alat bukti itu mempunyai nilai kekuatan pembuktian untuk mendukung kebenaran yang didalilkan atau dikemukakan.<sup>35</sup>

Adapun patokan menentukan batas minimal pembuktian adalah patokan yang didasarkan kualitas tidak kuantitas. Menurut hukum, alat bukti yang berkualitas dan sah sebagai alat bukti adalah alat bukti yang memenuhi syarat formil dan materiil. Untuk mengetahui syarat formil dan syarat materiil apa yang melekat pada suatu alat bukti harus merujuk kepada ketentuan Undang-Undang yang berkenaan dengan alat bukti yang bersangkutan karena syarat formil dan materiil yang melekat pada setiap alat bukti tidak sama, misalnya tidak sama syarat formil dan materiil alat

---

<sup>34</sup>Lilik Mulyadi, *Putusan Hakim Dalam Hukum Acara Perdata Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2009, h. 92-92.

<sup>35</sup>Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, Jakarta: Sinar Grafika, 2006, h. 539-540.



bukti saksi dengan akta.<sup>36</sup> Alat bukti dalam hukum acara perdata tertuang dalam Pasal 164 HIR, Pasal 284 RBg, dan Pasal 1866 KUH Perdata yaitu alat bukti surat (tertulis), alat bukti saksi, persangkaan (dugaan), pengakuan dan sumpah.<sup>37</sup>

Sedangkan dalam hukum dalam acara pidana, alat bukti menurut pasal 184 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 tahun 1981 tentang hukum acara pidana menentukan bahwa alat bukti yang sah ialah :

1. Keterangan saksi
2. Keterangan ahli
3. Surat
4. Petunjuk
5. Keterangan terdakwa.<sup>38</sup>

#### e. Teori Pembuktian dalam Hukum Islam

Pembuktian dalam bahasa Arab disebut dengan istilah *albayyinah* yang artinya suatu yang menjelaskan.<sup>39</sup> Secara etimologi berarti keterangan, yaitu segala sesuatu yang dapat menjelaskan hak (benar). Dalam istilah berarti alat-alat bukti dalam sidang di pengadilan. Ulama fikih membahas alat bukti dalam persoalan pengadilan dengan segala perangkatnya. Dalam fikih alat bukti disebut juga *at-turuq al isbat*.<sup>40</sup> *Albayyinah* didefinisikan oleh ulama fikih sesuai dengan pengertian etimologisnya dimana jumbuh ulama fikih mengartikan *albayyinah* yaitu sama dengan kesaksian.

Para fuqaha berpendapat bahwa bukti-bukti itu ada 7 macam:

<sup>36</sup>*Ibid*, h. 542-543.

<sup>37</sup>Erfaniah Zuhriah, *Peradilan Agama di Indonesia*, Malang: UIN Malang Press, 2009, h. 262.

<sup>38</sup>*KUHAP Lengkap*, Jakarta: Bumi Aksara, 1999, h.77.

<sup>39</sup>Sulaikhan Lubis, *Hukum Acara Perdata Peradilan Agama di Indonesia*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2005, h. 135.

<sup>40</sup>Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jakarta: Ichtiar Baru Van Hoeve, 1996, h. 207.

1. Iqrar (pengakuan),
2. Syahadah (kesaksian),
3. Yamin (sumpah),
4. Nukul (menolak sumpah),
5. Qasamah (sumpah),
6. Keyakinan hakim,
7. Bukti-bukti lainnya yang dapat dipergunakan.<sup>41</sup>

Adapun menurut Samir 'Aaliyah, alat-alat bukti itu ada enam dengan urutan sebagai berikut:

1. Pengakuan,
2. Saksi,
3. Sumpah,
4. Qarinah,
5. Bukti berdasarkan indikasi-indikasi yang tampak,
6. Pengetahuan hakim.<sup>42</sup>

Sedangkan menurut Abdul Karim Zaidan alat-alat bukti itu ada sembilan dengan urutan sebagai berikut:

1. Pengakuan
2. Saksi
3. Sumpah
4. Penolakan sumpah
5. Pengetahuan hakim
6. Qarinah
7. Qasamah
8. Qifayah
9. Qur'ah<sup>43</sup>

Namun menurut Ibnu Qayyim Jauziyah seorang tokoh fikih Mazhab Hanbali, *albayyinah* mengandung pengertian yang lebih luas dari definisi jumhur ulama tersebut. Menurutnya kesaksian hanya salah satu jenis dari *albayyinah* yang dapat digunakan untuk mendukung dakwaan seseorang. Ibnul Qayyim al-Jauziyah mendefinisikan *albayyinah* sebagai :  
 ...” segala sesuatu yang dapat digunakan untuk menjelaskan yang hak

<sup>41</sup>Tengku Muhammad Hasbi AshShiddieqy, *Peradilan dan Hukum Acara Islam...*,h. 136.

<sup>42</sup>Anshoruddin, *Hukum Pembuktian Menurut Hukum Acara Islam dan Hukum Positif*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004, h. 57.

<sup>43</sup>*Ibid.*

(benar) di depan majelis hakim, baik berupa keterangan, saksi dan berbagai indikasi yang dapat dijadikan pedoman oleh majelis hakim untuk mengembalikan hak kepada pemiliknya.<sup>44</sup>

#### **f. Teori Hukum Yurisprudensi**

Berdasarkan Pasal 32 Undang Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung bahwa Mahkamah Agung bertugas untuk melakukan pengawasan tertinggi terhadap penyelenggaraan pada semua badan peradilan yang berada di bawahnya dalam menyelenggarakan kekuasaan kehakiman. Sebagai Pengadilan Negara Tertinggi, Mahkamah Agung merupakan pengadilan kasasi yang bertugas membina keseragaman dalam penerapan hukum melalui putusan kasasi dan peninjauan kembali menjaga agar semua hukum dan undang-undang di seluruh wilayah negara Republik Indonesia diterapkan secara adil, tepat dan benar.

Mahkamah Agung sebagai pemegang kekuasaan tertinggi kehakiman melalui putusannya juga diharapkan mampu memberikan arahan atau panduan kepada pengadilan di bawahnya dalam memutuskan permasalahan hukum. Sistem Peradilan Indonesia harus membangun kesatuan hukum agar hukum Indonesia menghasilkan putusan yang konsisten atau teratur sehingga rasa keadilan dan kepastian hukum dapat terwujud.<sup>45</sup> Kesatuan hukum, panduan atau pedoman tersebut salah satunya dilakukan melalui yurisprudensi dari Mahkamah Agung.

---

<sup>44</sup>Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jakarta: Ichtiar Baru Van Hoeve, 1996, h. 207.

<sup>45</sup>Takdir Rahmadi, *Sistem Kamar dalam Mahkamah Agung: Upaya Membangun Kesatuan Hukum*, [www.mahkamahagung.go.id](http://www.mahkamahagung.go.id) di akses tgl. 11 Agustus 2018.

Yurisprudensi tidak dapat dipisahkan dari perkembangan ilmu hukum di Indonesia. Yurisprudensi sudah sangat akrab dalam dunia peradilan. Peranan yurisprudensi di Indonesia sudah sedemikian pentingnya, selain sebagai sumber hukum yurisprudensi menjadi guidelines bagi para hakim dalam memutus perkara. Yurisprudensi merupakan produk hukum dari lembaga yudikatif.<sup>46</sup>

Fungsi yurisprudensi sendiri dalam hal hakim membuat putusan adalah mengisi kekosongan hukum sebab hakim tidak boleh menolak perkara karena tidak ada hukum yang mengatur. Kekosongan hukum hanya bisa teratasi dan ditutupi melalui “*judge made law*” yang akan dijadikan pedoman sebagai yurisprudensi sampai terciptanya kodifikasi hukum yang lengkap dan baku.<sup>47</sup>

Yurisprudensi selain terkait dengan pembentukan hukum, terkait juga dengan akuntabilitas dan pengawasan hakim. Yurisprudensi dapat menunjang pembaharuan dan pembinaan hukum.<sup>48</sup> Semakin konsisten para hakim dalam memutus perkara yang sama maka akan semakin baik sistem peradilan secara keseluruhan, dimana dengan yurisprudensi dalam fungsinya sebagai guidelines tadi, hakim dapat menekan angka disparitas. Dengan kekonsistenan dalam memandang suatu fakta hukum, maka akan mudah melihat adanya “ketidakberesan” para hakim dalam mengadili suatu perkara. Hal ini terkait fungsi Mahkamah Agung salah satunya

---

<sup>46</sup>Puslitbang Hukum dan Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil MA RI, *Kedudukan dan Relevansi Yurisprudensi untuk Mengurangi Disparitas Putusan Pengadilan*, Jakarta: 2010, h. 103.

<sup>47</sup>Sudikno Mertokusomo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Yogyakarta: Liberty, 2003, h. 31.

<sup>48</sup>Puslitbang Hukum dan Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil MA RI, *Kedudukan ....* h. 103.

adalah pengawasan terhadap hakim-hakim.

Yurisprudensi diterima sebagai suatu sumber hukum dikarenakan hal-hal berikut:

- 1) Adanya kewajiban hakim untuk menetapkan dan memutus perkara yang diajukan kepadanya meskipun belum ada peraturan yang mengaturnya;
- 2) Salah satu fungsi Pengadilan dalam pembaharuan dan pembangunan hukum ialah menciptakan sumber hukum baru;
- 3) Hal yang baik dalam mencari dan menegakkan keadilan.<sup>49</sup>

Dari segi teori dan praktek yurisprudensi telah diterima sebagai salah satu sumber hukum baik dalam sistem hukum *civil law* maupun *common law*. Tetapi daya kekuatan mengikat yurisprudensi bagi para hakim dalam sistem hukum *civil law*, memang berbeda dengan sistem hukum *common law*. Walaupun harus diakui bahwa dalam kenyataan dan perkembangan hukum sekarang perbedaan tersebut tidak lagi terlalu mutlak untuk secara ketat harus dipertentangkan satu sama lain melainkan sudah saling memasuki dan mempengaruhi sehingga batasnya menjadi tipis.<sup>50</sup>

Yurisprudensi adalah putusan-putusan hakim terdahulu yang telah berkekuatan hukum tetap menyangkut suatu perkara yang baru dan menarik dari sudut ilmu hukum, atau suatu penafsiran atau penalaran hukum baru terhadap suatu norma hukum yang diikuti oleh para hakim atau badan peradilan lain dalam memutus perkara atau kasus yang sama.<sup>51</sup>

Yurisprudensi dibagi kedalam dua jenis yaitu:<sup>52</sup>

#### a) **Yurisprudensi Tetap**

---

<sup>49</sup>*Ibid.*

<sup>50</sup>*Ibid*, h. 10.

<sup>51</sup>Pusdiklat Hukum dan Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil MA RI, *Kedudukan . . .*, h. 5.

<sup>52</sup>Mahkamah Agung, *Naskah Akademis Tentang Pembentukan Hukum Melalui Yurisprudensi*, Jakarta: 2005, h. 39.

Yurisprudensi tetap adalah keputusan keputusan hakim yang berulang kali dipergunakan pada kasus-kasus yang sama. Undang-Undang Dasar 1945 menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman dijalankan secara merdeka dalam menyelenggarakan peradilan yang adil. Artinya, hakim bebas dan merdeka serta tidak dapat dipengaruhi oleh kekuasaan lainnya dalam mengadili suatu perkara, bahkan termasuk oleh Standaardaaresten, yaitu keputusan MA yang menjadi dasar bagi pengadilan untuk mengambil keputusan.

#### **b). Yurisprudensi Tidak Tetap**

Artinya adalah yurisprudensi yang belum menjadi yurisprudensi tetap, karena tidak selalu diikuti oleh hakim. Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) berdasarkan penelitian pada tahun 1994/1995 merumuskan bahwa sebuah putusan dapat dikatakan sebagai yurisprudensi apabila sekurang-kurangnya memiliki 5 (lima) unsur pokok yaitu: Keputusan atas sesuatu peristiwa yang belum jelas pengaturan perundang-undangnya;

- Keputusan itu merupakan keputusan tetap;
- Telah berulang kali diputus dengan keputusan yang sama dan dalam kasus yang sama;
- Memiliki rasa keadilan;
- Keputusan itu dibenarkan oleh Mahkamah Agung.<sup>53</sup>

Namun terkait dengan unsur pokok putusan untuk dapat dikatakan sebagai yurisprudensi tetap, Paulus Effendi Lotulung tidak sepakat terkait masalah putusan tersebut harus berulang kali. Lotulung mengatakan:

---

<sup>53</sup>Paulus Effendi Lotulung, *Peranan Yurisprudensi*..., h. 8.



... “ Ukuran yang dipakai untuk menentukan apakah yurisprudensi itu merupakan yurisprudensi tetap ataukah tidak tetap, tidaklah didasarkan pada hitungan matematis yaitu berapa kali sudah diputuskan yang sama mengenai kasus yang sama,tetapi ukurannya lebih ditekankan pada muatannya yang secara prinsipiil berbeda.”<sup>54</sup>

Hakim tidak hanya merdeka secara institusional namun hakim juga merdeka secara personal. Konsep inilah yang menjadikan adanya perdebatan dalam kedudukan yurisprudensi, karena yurisprudensi tetap dianggap sebagai pencederaan terhadap kemerdekaan seorang hakim dari intervensi hakim lainnya.

Dalam beberapa perkara, kesenjangan antara doktrin dan realitas memang tidak bisa dijumpai. Hal ini terlihat jelas ketika berusaha mempertemukan pembuatan hukum oleh presiden dengan pengertian yang berlaku tentang kebebasan yudisial. Dalam sistem Anglo-Amerika, doktrin tentang presiden yang mengikat tidak dipandang sebagai sesuatu mempengaruhi kebebasan yudisial. Namun tidak menyangkal realitas bahwa presiden mengikat, seperti halnya undang-undang, adalah sebuah instrumen untuk memastikan kepatuhan para hakim.

Bagaimanapun juga kualitas doktrinalnya telah menghalangi perdebatan tentang apa yang sesungguhnya merupakan pembatas bagi kebebasan para hakim untuk memutus menurut nurani mereka, meskipun kebebasan tersebut dibenarkan. *Civil law* tidak memiliki doktrin demikian, *civil law* sudah terbiasa dengan pandangan bahwa para hakim bisa dibatasi dan diarahkan oleh undang-undang dan

---

<sup>54</sup> *Ibid*, h. 607.

kebiasaan. Konsep *civil law* tentang kebebasan yudisial jelas menutup kemungkinan para hakim di bawah dibimbing oleh hakim senior.<sup>55</sup>

Terkait dengan hakim yang menerima putusan hakim lain melanggar prinsip kemerdekaan hakim, Utrech menyatakan pendapat bahwa tentang seorang hakim membuat peraturan umum apabila memberi suatu keputusan yang kemudian diturut oleh seorang hakim lain adalah suatu kesalahpahaman. Seorang hakim yang menuruti suatu keputusan seorang hakim lain, tidak berarti bahwa hakim yang disebut pertama secara tegas mendapat suatu perintah dari hakim yang lain itu supaya menurut keputusannya. Karena menurut Utrecht, sesuai Pasal 1917 KUHPerdara keputusan hakim hanya berlaku terhadap kedua belah pihak yang perkaranya diselesaikan oleh keputusan itu. Menurut ketentuan ini, maka keputusan hakim tidak berlaku umum namun tidak menutup kemungkinan untuk diikuti.<sup>56</sup>

Sepanjang yurisprudensi tidak dimaksudkan untuk mempengaruhi putusan hakim dan hakim menjadi berat sebelah dalam arti hakim memihak, baru dapat dikatakan ada pelanggaran terhadap kemerdekaan hakim, seperti di dalam kasus perkara yurisprudensi *tancho* yang digunakan dalam perkara *nike II* yang menekankan perlunya unsur “itikad baik” dalam pendaftaran merek. Putusan *tancho* oleh Presiden Soeharto saat itu sengaja dipaksa dijadikan yurisprudensi agar hakim tidak merdeka dalam memberi putusan.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup>*Ibid*, h. 607.

<sup>56</sup>Moh.Saleh Djindang, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Jakarta: Ikhtiar, 1957, h. 125.

<sup>57</sup>Sebastian Pompe, *Runtuhnya Institusi...*, h. 646.

Hakim terikat dengan yurisprudensi sepanjang memang sejalan dengan rasio hukum dari sebuah yurisprudensi, dengan maksud yaitu wajib dipertimbangkan. Ketika tidak sesuai hakim tetap dapat menolak menerapkan norma dalam yurisprudensi tersebut, namun wajib memberikan alasannya, demi tercapainya keadilan. Jadi tetap konsep keterikatannya adalah *persuasive*, namun wajib dipertimbangkan.

### c) **Yurisprudensi dan Konsistensi Putusan**

Persamaan persepsi di dalam penerapan hukum akan mewujudkan kepastian hukum. Terwujudnya kepastian hukum akan mencegah atau menghindarkan disparitas dan inkonsistensi putusan disebabkan hakim telah menerapkan standar hukum yang sama terhadap kasus atau perkara yang sama atau serupa dengan perkara yang telah putus atau diadili oleh hakim sebelumnya, sehingga putusan terhadap perkaranya dapat diprediksikan oleh pencari keadilan.<sup>58</sup> Dengan adanya putusan yang konsisten tersebut maka rasa keadilan dan kepastian hukum dapat terwujud.<sup>59</sup>

Kepastian hukum akan memudahkan proses penegakan hukum, disebabkan dengan telah terwujud konsistensi penerapan hukum maka putusan akan mudah dilaksanakan tugasnya. Konsistensi penerapan hukum juga dapat menumbuh kembangkan yurisprudensi sebagai sumber hukum dan pengembangan hukum, sebab undang-undang tidak selalu lengkap dan tuntas mengatur segalanya. Peranan hakim

---

<sup>58</sup>Paulus Effendi Lotulung, *Meningkatkan Kualitas Peradilan TUN dengan Persamaan Persepsi dalam Penerapan Hukum*, [www.mahkamahagung.go.id](http://www.mahkamahagung.go.id) diakses tgl. 5 September 2018.

<sup>59</sup>Takdir Rahmadi, *Sistem Kamar...*, h. 4.

dalam hal ini menjadi pengisi kekosongan hukum ketika undang-undang tidak mengatur dengan cara menciptakan hukum baik hukum formil maupun hukum materiil.<sup>60</sup>

Pada hakekatnya yurisprudensi mempunyai berbagai fungsi yaitu:

- Dengan adanya putusan-putusan yang sama dalam kasus yang serupa maka dapat ditegakkan adanya standar hukum yang sama.
- Dengan adanya standar hukum yang sama maka dapat diciptakan rasa kepastian hukum di masyarakat.
- Dengan diciptakannya rasa kepastian hukum dan kesamaan hukum terhadap kasus yang sama maka putusan hakim akan bersifat dapat diperkirakan dan ada transparansi.
- Dengan adanya standar hukum maka dapat dicegah kemungkinan-kemungkinan timbulnya disparitas dalam berbagai putusan hakim yang berbeda dalam perkara yang sama. Andai kata timbul perbedaan putusan antara hakim yang satu dengan yang lainnya dalam kasus yang sama, maka hal itu jangan sampai menimbulkan disparitas tetapi hanya bercorak sebagai variabel secara kasuistik (kasus demi kasus).
- Dengan adanya pedoman atau pegangan yang ada dalam yurisprudensi tersebut, maka akan timbul konsistensi dalam sikap peradilan dan menghindari putusan-putusan yang kontroversial, hal mana pada gilirannya akan memberikan jaminan kepastian hukum serta kepercayaan terhadap peradilan dan penegakan hukumnya, baik di forum nasional dan terutama tingkat internasional.<sup>61</sup>

Selain memberikan jaminan hukum dan kepercayaan terhadap peradilan, dengan adanya konsistensi putusan dapat mengakibatkan berkurangnya arus perkara yang masuk ke Mahkamah Agung. Dimana berdasarkan salah satu penelitian yang dilakukan oleh Lembaga Kajian dan Advokasi Untuk Independensi Peradilan (LeIP), 93,16% perkara di tingkat banding masuk ke Mahkamah Agung dan salah satu faktor dominan tingginya arus perkara tersebut adalah inkonsistensi putusan atau ketidakjelasan sikap Mahkamah Agung atas suatu permasalahan hukum. Perlu diketahui bahwa untuk

---

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Paulus Effendi Lotulung, *Meningkatkan Kualitas...*, h.5

mengatasi masalah tersebut, Mahkamah Agung saat ini sudah melakukan tahap awal untuk membentuk suatu kesatuan hukum demi konsistensi putusan dengan diterapkannya sistem kamar sejak September tahun 2011.

#### **g. Teori Administrasi Negara**

Berikut dikemukakan beberapa definisi administrasi negara menurut para pakar administrasi negara di antaranya, Syafi'ie dalam buku Ilmu Administrasi Publik memaparkan bahwa :

1. Administrasi Negara adalah suatu kerja sama kelompok dalam lingkungan pemerintahan.
2. Administrasi Negara meliputi ketiga cabang pemerintahan yaitu eksekutif, legislatif, dan yudikatif serta hubungan di antara mereka.
3. Administrasi Negara mempunyai peranan penting dalam perumusan Kebijakan pemerintah dan karenanya merupakan sebagian dari proses politik.
4. Administrasi Negara sangat erat berkaitan dengan berbagai macam kelompok dan perorangan dalam menyajikan pelayanan kepada masyarakat.
5. Administrasi Negara dalam beberapa hal berbeda pada penempatan pengertian dengan administrasi perseorangan.<sup>62</sup>

Mulyadi mendefinisikan administrasi negara sebagai berikut :

Administrasi negara adalah suatu kombinasi yang kompleks antara teori dan praktik dengan tujuan mempromosi pemahaman terhadap pemerintah dalam hubungannya dengan masyarakat yang diperintah dan juga mendorong kebijakan publik agar lebih responsif terhadap kebutuhan sosial. Administrasi publik berusaha melembagakan praktik-praktik manajemen agar sesuai dengan nilai efektifitas dan efisiensi.<sup>63</sup>

Dari beberapa pendapat para ahli tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa administrasi negara adalah proses kerjasama dari seluruh aparatur

---

<sup>62</sup>Syafi'i, *Ilmu Administrasi Publik*, Jakarta; Bumi Aksara, 2010, h. 24

<sup>63</sup>Mulyadi, *Studi Kebijakan Publik dan Pelayanan Publik, Konsep dan Aplikasi Proses Kebijakan Publik dan Pelayanan Publik*, Jakarta: Bumi Aksara, 2015, h. 34



negara berdasarkan garis-garis besar yang telah disepakati bersama untuk kepentingan dan tujuan negara.

#### ***h. Teori Hifdzun Nasl***

Akad nikah yang tidak tercatat dapat berpengaruh pada perkembangan kejiwaan dan akal serta sulit menjaga keturunan karena kondisi psikologis isteri dan anak akan merasa tidak nyaman dan tidak tenang. Pernikahan yang tidak dicatatkan, dalam bentuk dan konstruksi apapun, merupakan hambatan dan mengandung resiko bagi pengakuan dan pemenuhan hak-hak anak dalam hukum keluarga. Pernikahan yang tidak dicatatkan berdampak pada hubungan perdata, pengakuan nasab atau garis keturunan (formal), hak mewaris, pemeliharaan dan biaya hidup, bahkan kasih sayang dan tanggungjawab orangtuanya untuk tumbuh dan kembang anak.

Menjaga keturunan termasuk hak insani yang dikenal sebagai bagian dari hak asasi dalam Islam. Konsep hak-hak insani yang dikenal umum sebagai HAM. Al Ghazali menyebutkan *al-Kulliyat al-Maqashid al-Khamsah* atau 5 (lima) hak-hak dasar universal yaitu (1) berhubungan dengan perlindungan jiwa dan tubuh (*Hifdz an-Nafs*); (2) berhubungan dengan perlindungan akal (*Hifdz al-Aql*); (3) perlindungan atas agama atau keyakinan (*Hifdz ad-Din*); (4) perlindungan atas harta benda (*Hifdz al-Mal*); (5) perlindungan atas kehormatan dan keturunan (*Hifdz al-Irdl wa al-Nasl*).<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup>Masdar F. Mas'udi, *Syarah Konstitusi UUD 1945 dalam Perspektif Islam*, Jakarta: LaKIP, 2011, h. 141-142.



Agar kemurnian darah dapat terjaga, Islam mensyariatkan perlindungan keturunan atau *hifzun nasl*. Hal ini misalnya tercermin dalam hubungan darah yang menjadi syarat untuk dapat saling mewarisi dan perwalian.

## **7. Konsep Penelitian**

### **a. Konsep Kritik Konstruktif**

Berdasarkan UK Web Archive for National Library of Wales melalui laman [skillsyouneed.com](http://skillsyouneed.com) menjelaskan kritik bisa diberikan secara profesional. Namun terkadang kritik sulit diterima dan semua bergantung pada individu yang mendapatkan kritik. Sebuah kritik dapat dipakai positif untuk meningkatkan kualitas diri. Namun bila menanggapi negatif bisa menyebabkan stress, kemarahan atau agresi. Ada dua jenis kritik, yakni konstruktif atau membangun dan destruktif atau merendahkan. Namun ketika mendapat kritik dari orang lain pada dasarnya seseorang sedang diberi tantangan untuk bersikap. Hendaknya kritik yang diberikan harus dipertimbangkan agar tidak menimbulkan reaksi negatif. Dua bentuk jenis kritik tersebut memang menantang karakter. Bahkan, dampaknya bisa melukai harga diri hingga merusak kepercayaan diri orang yang diberi kritik. Para ahli *life skill* lebih merekomendasikan bentuk kritik konstruktif. Meski jenis kritik tersebut dirancang untuk menunjukkan kesalahan tetapi mampu memperlihatkan sisi lain untuk perbaikan yang bisa dilakukan.

Kritik konstruktif harus dipandang sebagai umpan balik yang mendatangkan nilai positif. Tujuannya adalah agar seseorang bisa memperbaiki diri sendiri. Tidak hanya itu, kritik konstruktif biasanya lebih mudah diterima meskipun terkadang terlalu jujur dalam mengungkapkan kesalahan. Ada baiknya setiap kritik selalu menjadi bahan introspeksi diri, serta menggunakannya sebagai sebuah keuntungan.

**b. Konsep Alat Bukti**

Bukti dalam pengertian sehari-hari adalah segala hal yang dapat dipergunakan untuk meyakinkan pihak lain tentang pendapat, peristiwa atau keadaan. Bukti menurut hukum adalah sudah ditentukan menurut undang-undang.

Dalam hukum acara perdata penyebutan alat bukti tertulis (surat) merupakan alat bukti yang utama karena surat dibuat untuk membuktikan suatu keadaan yang telah terjadi atau perbuatan hukum oleh seseorang nantinya.

Menurut R. Subekti, alat bukti tulisan merupakan aspek yang sangat penting pada tahap pembuktian dalam penyelesaian perkara di pengadilan. Sebelum hakim atau majelis hakim mengambil keputusan terhadap kasus di pengadilan mereka harus mempertimbangkan alat-alat bukti yang dikemukakan oleh para pihak. Menurut pasal 1986 KUH Perdata dijelaskan bahwa alat bukti terdiri dari atas bukti

tulisan, bukti dengan saksi-saksi, persangkaan-persangkaan, pengakuan dan sumpah.<sup>65</sup>

### c. Konsep Isbat Nikah

Kata Isbat berasal dari bahasa Arab yang berarti penetapan, penyungguhan, penentuan. Mengisbatkan dapat diartikan dengan menyanggahkan, menentukan (kebenaran sesuatu)<sup>66</sup>. Adapun nikah adalah akad yang mengakibatkan hukum halal pergaulan antara laki-laki dengan perempuan dan pertolongan serta pembatasan milik, hak dan kewajiban mereka.<sup>67</sup>

Dari pengertian tersebut dapat dipahami bahwa isbat nikah adalah penetapan atas perkawinan seorang laki-laki dengan seorang perempuan sebagai suami isteri dimana pernikahan atau perkawinan mereka sudah dilakukan tetapi belum dicatat oleh pejabat yang berwenang yaitu Pegawai Pencatat Nikah (PPN).

### F. Sistematika Penulisan

Penelitian ini disusun dengan sistematika penulisan sebagai berikut:

BAB I : Pendahuluan yang berisi latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan dan kegunaan penelitian, metodologi penelitian yang berisi tentang jenis penelitian, pendekatan penelitian, penggalan bahan dan

<sup>65</sup>R. Subekti, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Jakarta: Pradnya Paramita, 2006, h. 475.

<sup>66</sup>Ahmad Warson Munawwir, *Kamus al Munawwir*, Yogyakarta, TP, 1984, h. 157

<sup>67</sup>Ahmad Kuzari, *Nikah Sebagai Perikatan*, Jakarta. Raja Grafindo Persada, 1995, h. 11

data, desain penelitian, kerangka pikir dan sistematika penulisan.

**BAB II :** Bab ini berisi landasan teoritis tentang isbat nikah dan pencatatan perkawinan yang terdiri dari: Penelitian terdahulu, tinjauan tentang isbat nikah dan pencatatan perkawinan, dasar hukum dan tujuan isbat nikah, isbat nikah dalam kompilasi hukum Islam dan kedudukan instuksi presiden sebagai dasar pelaksanaan kompilasi hukum Islam dalam tata urutan perundang-undangan di Indonesia.

**BAB III :** Bab ini berisi hasil penelitian tentang proses dan prosedur isbat nikah serta kritik konstruktif terhadap alat bukti dalam isbat nikah.

**BAB IV :** Bab ini merupakan penutup yang berisi kesimpulan, saran dan rekomendasi.

## BAB II

### LANDASAN TEORITIS TENTANG ISBAT NIKAH

#### A. Penelitian Terdahulu

Penelusuran Peneliti di perpustakaan Pasca Sarjana IAIN Palangka Raya terdapat penelitian (tesis) dengan judul Kritik Terhadap Pertimbangan Hakim Mengabulkan Isbat Nikah Bagi Pasangan di Bawah Umur di Pengadilan Agama Marabahan oleh Maskuni NIM. 16014034 yang menganalisa tentang pertimbangan hakim yang mengabulkan isbat nikah bagi pasangan di bawah umur di Pengadilan Agama Marabahan dan bagaimana konstruksi hukum terhadap pertimbangan hakim yang mengabulkan isbat nikah bagi pasangan dibawah umur di Pengadilan Agama Marabahan.

Kemudian tesis dari Sabaruddin Ahmad NIM. 15014014 dengan judul Pengembangan Konsep Hukum Pembuktian Perkawinan Islam. Penulis tesis berkesimpulan bahwa landasan filosofis hukum pembuktian perkawinan Islam di zaman nabi Muhammad saw dan empat imam mazhab hanya menetapkan alat bukti saksi dalam perkawinan. Dengan alat bukti saksi sudah cukup untuk membuktikan peristiwa hukum perkawinan. Pengembangan konsep hukum pembuktian perkawinan Islam yakni selain alat bukti saksi, ditambah dengan alat bukti tertulis. Keduanya berkedudukan sejajar dan bersinergi dalam konsep hukum pembuktian perkawinan Islam yang dapat mempengaruhi keabsahan akad nikah

Berikutnya tulisan Yusna Zaidah yang berjudul Isbat Nikah Dalam Perspektif Kompilasi Hukum Islam Hubungannya Dengan Kewenangan Peradilan Agama. Dalam tulisannya disebutkan bahwa dari beberapa landasan yuridis perkara isbat nikah sebagai kewenangan Peradilan Agama,

Kompilasi Hukum Islam adalah salah satu sumber hukum yang mengangkat lebih rinci mengenai alasan-alasan pengajuannya meskipun Kompilasi Hukum Islam tidak termasuk dalam heirarki perundang-undangan. Namun demi untuk mengisi kekosongan hukum maka pasal-pasal yang mengatur mengenai isbat nikah ini dinilai sebagai sesuatu yang sangat dibutuhkan oleh Peradilan Agama di Indonesia.

Penelitian dengan judul “**Kritik Konstruktif Terhadap Alat Bukti Dalam Isbat Nikah**” adalah sebuah penelitian yang berusaha mengkaji dan menganalisis proses dan prosedur isbat nikah yang mencakup dasar hukum dari pelaksanaan isbat nikah ditinjau dari beberapa aspek serta dampak hukum dari pelaksanaan isbat nikah. Kemudian dilakukan analisis dan kritik konstruktif terhadap alat bukti yang diajukan dalam isbat nikah.

Beberapa penelitian terdahulu yang dikemukakan di atas, dapat dijadikan sebagai bahan referensi bagi peneliti terutama panduan dalam meneliti dan bahan kajian tentang isbat nikah.

## **B. Tinjauan Tentang Isbat Nikah**

Konsep isbat nikah sebagaimana dikemukakan oleh Iskandar Ritonga adalah sebuah permohonan yang diajukan oleh pemohon kepada pengadilan agama dengan maksud agar suatu perkawinan (nikah yang tidak dicatatkan atau tidak mempunyai akta nikah) dinyatakan sah berdasarkan penetapan pengadilan agama.<sup>68</sup> Mengisbatkan dapat diartikan dengan menyanggahkan atau menentukan (kebenaran sesuatu).<sup>69</sup> Adapun nikah adalah akad yang

---

<sup>68</sup>Iskandar Ritonga, *Hak-Hak Wanita Dalam Putusan Peradilan Agama*, Jakarta: Departemen Agama, 2003, h. 237

<sup>69</sup>Tim Penyusun Kamus, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 1990, h. 339.



mengakibatkan hukum halal pergaulan antara laki-laki dengan perempuan dan pertolongan serta pembatasan milik, hak dan kewajiban mereka.<sup>70</sup> Dari konsep dan pengertian tersebut dapat dipahami bahwa isbat nikah adalah penetapan atas akad atau pernikahan seorang laki-laki dengan seorang perempuan sebagai suami isteri. Pernikahan dimaksud tentunya dilaksanakan sesuai dengan ketentuan hukum agama Islam tetapi perkawinan itu belum atau tidak dicatatkan oleh pejabat yang berwenang yaitu Pegawai Pencatat Nikah (PPN).

Isbat (penetapan) merupakan produk Pengadilan Agama dalam arti bukan pengadilan yang sesungguhnya dan diistilahkan dengan *Jurisdictio Voluntair*.<sup>71</sup> Dikatakan bukan pengadilan yang sesungguhnya karena di dalam perkara ini hanya ada pemohon yang memohon untuk ditetapkan tentang sesuatu yaitu penetapan tentang pernikahannya.

Perkara voluntair adalah perkara yang sifatnya permohonan dan di dalamnya tidak terdapat sengketa sehingga tidak ada lawan. Pada dasarnya perkara permohonan tidak dapat diterima kecuali kepentingan Undang-Undang menghendaki demikian. Perkara voluntair yang dapat diajukan ke Pengadilan Agama seperti:

- a. Penetapan wali
- b. Penetapan pengangkatan wali
- c. Penetapan pengangkatan anak
- d. Penetapan nikah ( isbat nikah )
- e. Penetapan wali adhal.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Ahmad Kuzari, *Nikah sebagai Perikatan*, Jakarta: Raja Persada Grafindo, 1995, h. 11

<sup>71</sup> *Kamus Hukum*, Bandung, Citra Umbara, 2008, h.271.

<sup>72</sup> Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1996, h. 41

Produk perkara voluntair ialah penetapan dan nomor perkara permohonan diberi tanda P.<sup>73</sup> Menurut UU RI No. 8 Tahun 1981 tentang hukum acara pidana yang dimaksud penetapan adalah keputusan pengadilan atas perkara permohonan (volunter) misalnya penetapan dalam perkara dispensasi nikah, izin nikah, poligami, isbat nikah dan sebagainya.

Dalam pasal 49 UU No. 7 Tahun 1989 tentang peradilan Agama yang telah diamandemen dengan UU No. 3 tahun 2006 berbunyi: Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang :

- a. Perkawinan
- b. Kewarisan
- c. Wasiat
- d. Hibah
- e. Wakaf
- f. Zakat
- g. Infak
- h. Sedekah
- i. Dan Ekonomi syaria'ah.<sup>74</sup>

Dari bunyi pasal tersebut dapat dipahami bahwa bidang perkara yang menjadi wewenang Pengadilan Agama dapat dibagi dua yaitu: Bidang hukum keluarga dan bidang hukum perikatan. Dalam bidang hukum keluarga dapat dibagi lagi menjadi dua yaitu : Bidang hukum perkawinan dan bidang hukum kewarisan.

Bidang hukum perkawinan dimaksud sebagaimana bunyi pasal 49 ayat 2 yang berbunyi: Bidang perkawinan sebagaimana yang dimaksud ayat (1)

---

<sup>73</sup>*Ibid*, h. 41.

<sup>74</sup>*Ibid*.

huruf (a) ialah hal-hal yang diatur atau berdasarkan undang-undang mengenai perkawinan yang berlaku.<sup>75</sup>

### C. Proses dan Prosedur Pengajuan Isbat nikah

Eksistensi dan independensi lembaga Peradilan Agama sejak terbitnya Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 Tentang perubahan atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, kedudukannya sejajar dengan lembaga Peradilan lain di lingkungan Peradilan Umum, Tata Usaha Negara dan Peradilan Militer. Kewenangan Pengadilan Agama pasca terbitnya undang-undang baru tersebut semakin luas. Tata kerja, susunan organisasi, dan pertanggung jawabannya sudah satu atap di bawah Mahkamah Agung. Oleh karena itu maka Peradilan Agama dituntut untuk mampu melaksanakan tugas undang-undang tersebut sebaik-baiknya dengan mempersiapkan diri dari segi sumber daya manusia maupun layanan publik bagi masyarakat pencari keadilan.<sup>76</sup>

Proses pengajuan dan pemeriksaan serta penyelesaian permohonan pengesahan nikah atau isbat nikah harus memedomani hal-hal sebagai berikut:

1. Permohonan isbat nikah dapat dilakukan oleh kedua suami istri atau salah satu dari suami istri, anak, wali nikah dan pihak lain yang berkepentingan dengan perkawinan tersebut kepada Pengadilan Agama atau Mahkamah Syari'ah dalam wilayah hukum pemohon bertempat tinggal, dan permohonan isbat nikah harus dilengkapi dengan alasan dan kepentingan yang jelas serta konkrit.
2. Proses pemeriksaan permohonan isbat nikah yang diajukan oleh kedua suami istri bersifat voluntair, produknya berupa penetapan.
3. Proses pemeriksaan permohonan isbat nikah yang diajukan oleh salah seorang suami atau istri bersifat kontensius dengan mendudukkan istri atau suami yang tidak mengajukan permohonan sebagai pihak termohon,

---

<sup>75</sup>*Ibid.*

<sup>76</sup>Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2007, h. 107.

produknya berupa putusan dan terhadap putusan tersebut dapat diajukan upaya hukum banding atau kasasi.

4. Apabila dalam proses pemeriksaan permohonan isbat nikah dalam angka (2) dan (3) tersebut di atas jika diketahui bahwa suaminya masih terikat dalam perkawinan yang sah dengan perempuan lain, aka istri terdahulu tersebut harus dijadikan pihak dalam perkara.
5. Permohonan isbat nikah yang dilakukan oleh anak, wali nikah dan pihak lain yang berkepentingan harus bersifat kontensius, dengan mendudukkan suami dan istri dan/atau ahli waris lain sebagai termohon.
6. Suami atau istri yang telah ditinggal mati oleh istri atau suaminya, dapat mengajukan permohonan isbat nikah secara kontensius dengan mendudukkan ahli waris lainnya sebagai pihak termohon, produknya berupa putusan dan atas putusan tersebut dapat diupayakan banding dan kasasi.
7. Dalam hal suami atau istri yang ditinggal mati tidak mengetahui ada ahli waris lain selain dirinya, maka permohonan isbat nikah diajukan secara voluntair, produknya berupa penetapan.
8. Untuk keseragaman, amar pengesahan nikah berbunyi sebagai berikut: -  
 “Menyatakan sah perkawinan antara.....dengan  
 ..... yang dilaksanakan pada tanggal.....  
 di.....”<sup>77</sup>

Adapun prosedurnya sebagai berikut:

1. Suami dan/atau istri, janda atau duda, anak-anak, wali nikah dan pihak yang berkepentingan dengan pernikahan itu sebagai Pemohon, mengajukan permohonan tertulis ke Pengadilan;
2. Permohonan diajukan ke Pengadilan Agama di tempat tinggal Pemohon;
3. Permohonan harus memuat:
  - a. Identitas pihak (Pemohon/para Pemohon)
  - b. Posita (yaitu: alasan-alasan/dalil yang mendasari diajukannya permohonan);
  - c. Petitum (yaitu hal yang dimohon putusannya dari Pengadilan).<sup>78</sup>

Di Indonesia walaupun telah ada peraturan perundang-undangan tentang perkawinan yang secara tegas mengatur masalah keharusan mendaftarkan pernikahan secara resmi kepada Pegawai Pencatat Nikah, tetapi tampaknya kesadaran masyarakat akan hukum dan pentingnya suatu pencatatan perkawinan masih dapat dibilang rendah. Hal ini terlihat dari

<sup>77</sup>Mahkamah Agung RI, *Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Peradilan Agama Buku II Edisi Revisi*, 2010, h. 147-150.

<sup>78</sup>Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006, h. 76.

banyaknya dijumpai praktik nikah *sirri* yang dilakukan di hadapan kyai, tengku, modin, ustadz, dan sebagainya.<sup>79</sup>

Undang-undang perkawinan menempatkan pencatatan suatu perkawinan pada tempat yang penting sebagai pembuktian telah diadakannya pernikahan. Dalam Pasal 2 ayat (2) Undang- Undang Nomor 1 Tahun 1974 mengatur bahwa : *“Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”*<sup>80</sup>

Pencatatan dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah (PPN) sebagaimana dimaksud oleh Undang-Undang Nomor 32 Tahun 1954 tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk. Sedangkan tata cara pencatatannya berpedoman kepada ketentuan Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975. Selanjutnya, pasal 10 ayat (3) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 menentukan bahwa pernikahan dilaksanakan dihadapan pegawai pencatat yang dihadiri oleh dua orang saksi. Selanjutnya menurut pasal 13 ayat (2), kepada masing-masing suami isteri diberikan kutipan akta nikah. Dengan diperolehnya kutipan akta nikah itu perkawinan mereka telah dinyatakan sebagai perkawinan yang mempunyai hak mendapat pengakuan dan perlindungan hukum.<sup>81</sup>

#### **D. Dasar Hukum dan Tujuan Isbat nikah**

Pada dasarnya kewenangan perkara isbat nikah bagi Pengadilan Agama dalam sejarahnya adalah diperuntukkan bagi mereka yang melakukan perkawinan di bawah tangan sebelum diberlakukannya UU No.

---

<sup>79</sup>M.Anshary MK, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010, h. 18.

<sup>80</sup>Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, Pasal 2 ayat (2).

<sup>81</sup>M.Anshary MK, *Hukum Perkawinan ...*, h. 21.



1 Tahun 1974 tentang perkawinan Jo. PP No. 9 Tahun 1975 ( penjelasan pasal 49 ayat 2, Jo pasal 64 UU No. 1 Tahun 1974 ).

Dasar hukum isbat nikah dapat ditemukan pada Pasal 49 angka 22 penjelasan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009, dan Pasal 7 ayat (2), (3) dan (4) Kompilasi Hukum Islam serta Buku II Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan pada bab II sub 6 huruf b.

Namun kewenangan ini berkembang dan diperluas dengan dipakainya Kompilasi Hukum Islam pasal 7 ayat 2, 3 dan 4. Dalam ayat 2 disebutkan : dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan akta nikah dapat diajukan isbat nikahnya di Pengadilan Agama. Kemudian pada ayat 3 disebutkan : isbat nikah yang dapat diajukan ke Pengadilan Agama terbatas mengenai hal yang berkenaan dengan :

- a. Adanya perkawinan dalam rangka penyelesaian perceraian
- b. Hilangnya akta nikah
- c. Adanya keraguan tentang sah tidaknya salah satu syarat perkawinan
- d. Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.<sup>82</sup>

Mengenai isbat nikah, Peraturan Menteri Agama Nomor 3 tahun 1975 dalam pasal 39 ayat 4 menentukan bahwa jika Kantor Urusan Agama tidak bisa membuatkan duplikat akta nikah karena catatannya telah rusak atau hilang atau karena sebab lain maka untuk menentukan adanya nikah, talak, cerai maupun rujuk harus ditentukan dengan keputusan Pengadilan Agama.

---

<sup>82</sup>Departemen Agama RI, *Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, PP Nomor 9 Tahun 1975 dan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta, 2004, h. 129-130



Tetapi hal ini berkaitan dengan dengan pernikahan yang dilakukan sebelum UU No. 1 Tahun 1974 bukan terhadap perkawinan yang terjadi sesudahnya.

Wasit Aulawi berpendapat bahwa perkara isbat nikah tidak dilayani. Perkara isbat nikah adalah perkara voluntair yang harus ditunjuk oleh undang-undang dan kalau undang-undang tidak memberikan kewenangan maka pengadilan tidak berwenang.<sup>83</sup> Hal ini sesuai dengan pasal 2 ayat 1 UU No. 14 tahun 1970 yang menentukan bahwa adanya kewenangan suatu peradilan untuk menyelesaikan suatu perkara yang tidak mengandung unsur sengketa (voluntair) adalah dengan syarat apabila dikehendaki (adanya ketentuan atau penunjukan) oleh undang-undang.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menyebutkan bahwa adanya perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan akta nikah. Dalam hal perkawinan tidak memiliki akta nikah maka solusi yang dapat ditempuh adalah mengajukan permohonan isbat nikah. Seseorang yang mengajukan isbat nikah bertujuan agar supaya perkawinan yang dilaksanakannya mendapat bukti secara otentik berupa kutipan akta nikah dan mendapat legalisasi baik secara yuridis formal maupun di kalangan masyarakat.

Memang pada mulanya syariat Islam baik Al-Qur'an atau hadis tidak mengatur secara konkret tentang adanya pencatatan perkawinan. Ini berbeda dengan muamalat (mudayanah) yang dilakukan tidak secara tunai untuk waktu tertentu diperintahkan untuk mencatatnya. Tuntutan perkembangan, dengan berbagai pertimbangan kemaslahatan, hukum perdata Islam di

---

<sup>83</sup>H.A.Sosroatmojo dan Wasit Aulawi, *Hukum perkawinan di Indonesia*, Jakarta: Bulan Bintang, 1996, h. 22.

Indonesia perlu mengaturnya guna kepentingan kepastian hukum di dalam masyarakat.<sup>84</sup>

Pencatatan perkawinan merupakan upaya untuk menjaga kesucian aspek hukum yang timbul dari ikatan perkawinan. Realisasi pencatatan itu melahirkan Akta Nikah yang masing-masing salinannya dimiliki oleh istri dan suami. Akta tersebut dapat digunakan oleh masing-masing pihak bila ada yang merasa dirugikan dari adanya ikatan perkawinan itu untuk mendapatkan haknya.<sup>85</sup>

Perkawinan merupakan suatu perbuatan keagamaan yang menyangkut hubungan antar manusia yang mempunyai tujuan yang jelas untuk hidup bersama dengan bahagia dan kekal maka pernikahan atau perkawinan ini juga dianggap sebagai perbuatan hukum. Dalam melakukan suatu perbuatan hukum mengingat Negara Indonesia adalah Negara hukum maka setiap orang yang melakukan perbuatan hukum haruslah taat pada hukum positif nasional yang berlaku.

Di Indonesia pencatatan perkawinan bagi warga Negara yang beragama Islam dilaksanakan di Kantor Urusan Agama (KUA). Dasar hukum pencatatan perkawinan diatur dalam beberapa peraturan yakni :

- i. Undang-undang RI Nomor 22 Tahun 1946 Juncto Undang-undang RI Nomor 32 Tahun 1945 tentang Pencatatan NTCR;
- ii. Undang-undang RI Nomor 1 Tahun 1974 juncto Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Perkawinan.
- iii. Keputusan Menteri Agama RI Nomor 298 Tahun 2003 juncto Peraturan

---

<sup>84</sup> Ahmad Rofiq, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Perkasa, 2013, h. 91.

<sup>85</sup> Zainuddin Ali, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Jakarta: PT.Sinar Grafika, 2007, h. 26.

Menteri Agama RI Nomor 477 Tahun 2004 junto Peraturan Menteri Agama RI Nomor 11 Tahun 2007 tentang Pencatatan Nikah dan Peraturan Menteri Agama Nomor 19 tahun 2018 tentang Pencatatan Perkawinan

Setiap aturan dibuat tentu untuk tujuan yang baik. Pencatatan perkawinan bertujuan untuk mewujudkan ketertiban dalam masyarakat. Ini merupakan suatu upaya yang diatur melalui perundang-undangan, untuk melindungi martabat dan kesucian perkawinan, dan lebih khusus lagi untuk melindungi perempuan dan anak-anak dalam kehidupan rumah tangga. Melalui pencatatan perkawinan yang dibuktikan dengan akta nikah, yang masing-masing suami isteri mendapat salinannya, apabila terjadi perselisihan atau percekcoakan di antara mereka atau salah satu tidak bertanggung jawab maka yang lain dapat melakukan upaya hukum guna mempertahankan atau mendapatkan haknya masing-masing. Karena dengan akta tersebut suami isteri memiliki bukti otentik atas perkawinan yang telah mereka lakukan.<sup>86</sup>

Pencatatan perkawinan dapat memberikan perlindungan hukum<sup>87</sup> dan pencatatan perkawinan merupakan syarat administratif, selain substansinya bertujuan untuk mewujudkan ketertiban umum, ia mempunyai cakupan manfaat yang sangat besar bagi kepentingan dan kelangsungan suatu perkawinan.

Manfaat dari pencatatan perkawinan di antaranya :

- a. Mendapat perlindungan hukum.

---

<sup>86</sup>Ahmad Rofiq, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2013, h. 91.

<sup>87</sup>Abdul Helim, *Belajar Administrasi Melalui Alquran, Eksestensi Pencatatan Akad Nikah*, Yogyakarta, K- Media, 2017, h. 66.

Misalnya terjadi kekerasan dalam rumah tangga (KDRT). Jika sang isteri mengadu kepada pihak yang berwajib, pengaduannya sebagai isteri yang mendapat tindakan kekerasan akan dibenarkan karena sang isteri mampu menunjukkan bukti-bukti otentik berupa akta perkawinan yang resmi.

- b. Memudahkan urusan perbuatan hukum lain yang terkait dengan pernikahan.

Akta nikah akan membantu suami isteri untuk melakukan kebutuhan lain yang berkaitan dengan hukum. Misalnya hendak mengurus/membuat dokumen kependudukan atau keluarga seperti Kartu Tanda penduduk, Kartu Keluarga, Akta Kelahiran Anak, menunaikan ibadah haji, menikahkan anak perempuannya pertama atau sulung, pengurusan asuransi kesehatan, dan lain sebagainya.

- c. Legalitas formal pernikahan di hadapan hukum.

Perkawinan yang dianggap legal secara hukum adalah perkawinan yang dicatat oleh Pegawai Pencatat Nikah (PPN). Karenanya, sebuah perkawinan yang tanpa dicatatkan oleh PPN, pada dasarnya illegal menurut hukum. Sebuah perkawinan yang dicatatkan secara resmi akan terjamin keamanannya dari kemungkinan terjadinya pemalsuan dan kecurangan lainnya. Misalnya, seorang suami atau isteri hendak memalsukan nama mereka yang terdapat dalam akta nikah untuk keperluan yang menyimpang. Maka, keaslian akta nikah itu dapat dibandingkan dengan salinan akta nikah tersebut yang terdapat di KUA tempat yang bersangkutan menikah dahulu

serta Pengadilan Agama setempat.

Semenjak berlakunya Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan maka sejak itu perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Kemudian dengan adanya Peraturan Pemerintah Nomor 9 tahun 1975 maka pencatatan perkawinan dilakukan oleh dua instansi pemerintah yaitu Kantor Urusan Agama bagi yang beragama Islam dan Kantor Catatan Sipil bagi yang non muslim.

Bagi masyarakat yang muslim, proses pencatatan dimulai setelah adanya kesepakatan antara pihak pria dan wanita untuk melangsungkan pernikahan, yang kemudian kesepakatan itu diumumkan oleh pihak Pegawai Pencatatan Nikah dan tidak ada keberatan dari pihak-pihak yang terkait dengan rencana dimaksud maka pernikahan atau perkawinan dapat dilangsungkan. Ketentuan dan tata caranya diatur dalam pasal 10 Peraturan Pemerintah Nomor 9 tahun 1975.

Ketika pernikahan akan dilangsungkan oleh kedua belah pihak, Pegawai Pencatat Nikah atau Penghulu menyiapkan Akta Nikah dan salinanya dan telah diisi mengenai hal-hal yang diperlukannya, seperti diatur dalam pasal 12 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975. Akta Nikah memuat sepuluh hal yang harus terpenuhi yaitu :

- 1) Nama, tanggal, tempat lahir, agama / kepercayaan, pekerjaan dan tempat kediaman suami istri. Apabila salah seorang atau keduanya pernah kawin, disebutkan juga nama istri atau suami terdahulu.
- 2) Nama, agama/kepercayaan, dan tempat kediaman orang tua mereka.



- 3) Izin kawin sebagaimana dimaksud dalam pasal 6 ayat (2), (3), (4), dan (5) Undang-Undang Perkawinan.
- 4) Dispensasi sebagaimana dimaksud dalam pasal 7 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan.
- 5) Izin pengadilan sebagaimana dimaksud dalam pasal 4 Undang-Undang Perkawinan.
- 6) Persetujuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan.
- 7) Izin pejabat yang ditunjuk oleh Menhamkam/Pangab bagi Angkatan Bersenjata.
- 8) Perjanjian perkawinan apabila ada.
- 9) Nama, umur, agama/kepercayaan, pekerjaan, dan tempat kediaman para saksi, dan wali nikah bagi yang beragama Islam.
- 10) Nama, umur, agama/kepercayaan, pekerjaan dan tempat tinggal kuasa apabila perkawinan dilakukan melalui seorang kuasa.

Selain hal itu, dalam Akta Nikah dilampirkan naskah perjanjian perkawinan yang biasa disebut taklik talak yaitu teks yang dibaca oleh suami sesudah akad nikah sebagai janji setia terhadap istrinya. Sesudah pembacaan tersebut kedua mempelai menandatangani Akta Nikah dan salinannya yang telah disiapkan oleh Pegawai Pencatat Nikah berdasarkan ketentuan yang berlaku. Setelah itu, diikuti oleh kedua saksi dan Pegawai Pencatat Nikah yang menghadiri akad nikah. Kemudian wali nikah atau yang mewakilinya, juga turut serta bertanda tangan. Dengan penandatanganan Akta Nikah dan salinannya maka pernikahan telah tercatat secara yuridis normatif

berdasarkan pasal 11 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 dan mempunyai kekuatan hukum.

Akta Nikah menjadi bukti otentik dari suatu pelaksanaan perkawinan sehingga dapat menjadi jaminan hukum bila terjadi salah seorang suami atau istri melakukan suatu tindakan yang menyimpang. Sebagai contoh, seorang suami tidak memberikan nafkah yang menjadi kewajibannya, sementara kenyataannya ia mampu atau suami melanggar ketentuan taklik talak yang telah dibacanya, maka pihak istri yang dirugikan dapat mengadu dan mengajukan gugatan perkaranya ke Pengadilan Agama. Selain itu Akta Nikah juga juga berfungsi untuk membuktikan keabsahan anak dari perkawinan. Tanpa akta, upaya hukum ke pengadilan tidak dapat dilakukan.

Pencatatan perkawinan memegang peranan yang penting dalam suatu pernikahan sebab dengan adanya pencatatan maka status hubungan suami isteri diakui oleh Negara dan memiliki pula kekuatan hukum yang tetap. Sebaliknya apabila suatu perkawinan tidak tercatat maka perkawinan tersebut tidak memiliki kekuatan hukum dan cenderung tidak diakui oleh Negara.<sup>88</sup>

#### **E. Itsbat Nikah Dalam Kompilasi Hukum Islam**

Penetapan isbat nikah dari Pengadilan Agama oleh para pemohon digunakan sebagai alas hukum untuk mencatatkan perkawinannya pada Pegawai Pencatat Nikah di Kantor Urusan Agama Kecamatan. Dari Kantor Urusan Agama akan mengeluarkan buku kutipan akta nikah sebagai bukti autentik bahwa perkawinan telah dicatat. Tidak dapat dipungkiri bahwa Pengadilan Agama dengan penetapan Isbat nikahnya telah berkontribusi

---

<sup>88</sup> Abdul Helim, *Belajar Administrasi...*, h. 62.

dalam upaya memberikan rasa keadilan dan kepastian serta perlindungan hukum bagi masyarakat.

Meskipun peraturan perundang-undangan sudah mengharuskan adanya akta nikah sebagai bukti perkawinan, namun tidak jarang terjadi suami isteri yang telah menikah tidak mempunyai buku/kutipan akta nikah. Kompilasi Hukum Islam mengatur dalam pasal 7 ayat 2 bahwa dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan akta nikah, dapat diajukan isbat nikah ke Pengadilan Agama.

Dari beberapa landasan yuridis isbat nikah sebagai kewenangan Pengadilan Agama, hanya Kompilasi Hukum Islam yang menyebut agak rinci mengenai isbat nikah termasuk alasan pengajuannya. Alasan pengajuan dimaksud disebutkan pada pasal 7 ayat 3.” Isbat nikah yang dapat diajukan ke Pengadilan Agama terbatas mengenai hal-hal yang berkenaan dengan :

- a. Adanya perkawinan dalam rangka penyelesaian perceraian
- b. Hilangnya akta nikah
- c. Adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan
- d. Adanya perkawinan yang terjadi sebelum berlakunya UU No. 1 Tahun 1975 tentang perkawinan; dan
- e. Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut UU No. 1 Tahun 1974.<sup>89</sup>

Perlu diketahui bahwa kompilasi pada umumnya bukanlah suatu peraturan perundang-undangan seperti undang-undang atau peraturan pemerintah atau peraturan lainnya. Tetapi khusus Kompilasi hukum Islam telah melalui proses positivisasi pada saat penyusunannya yaitu keputusan bersama Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Agama tanggal 21 Maret 1985 No 07/KMA/1985 dan No. 25 tahun 1985 tentang penunjukan pelaksanaan

---

<sup>89</sup> Kompilasi Hukum Islam Pasal 7 ayat 3

proyek pembangunan hukum Islam melalui yuresprudensi atau yang lebih dikenal sebagai proyek Kompilasi Hukum Islam. Positivisasi adalah proses menjadikan sesuatu sebagai sumber hukum. Kompilasi Hukum Islam mengarah kepada unifikasi mazhab dalam hukum Islam. Didalam sistem hukum Indonesia ini merupakan bentuk terdekat dengan kodifikasi hukum yang menjadi arah pembangunan hukum nasional di Indonesia.

Kegiatan dalam penyusunan Kompilasi Hukum Islam yaitu menghimpun bahan-bahan hukum sebagai pedoman dalam bidang hukum materiil bagi para hakim dilingkungan Peradilan Agama. Bahan-bahannya diambil dari berbagai kitab yang biasa digunakan sebagai sumber pengambilan dalam penetapan hukum oleh para hakim dan bahan lainnya yang berhubungan dengan itu. Kompilasi dapat diartikan sebagai rangkuman dari berbagai kitab yang ditulis oleh para ulama fiqh yang biasa digunakan sebagai referensi pada Pengadilan Agama untuk diolah dan dikembangkan serta dihimpun kedalam satu himpunan.<sup>90</sup>

Sejak Kompilasi Hukum Islam Lahir, maka dimulailah sejarah baru dengan menerapkan hukum Islam sebagai hukum perdata yang resmi dan bersifat publik yang dapat dipaksakan penerapannya oleh alat kekuasaan Negara terutama oleh Peradilan Agama. Setelah penyusunan selesai maka untuk memberlakukan Kompilasi Hukum Islam, maka harus melalui positivisasi dan akhirnya menjadi hukum materiil, yaitu dengan Instruksi Presiden Nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.

---

<sup>90</sup>Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Akademika Pressindo, 1995, h. 14.

**F. Kedudukan Inpres sebagai Dasar Pelaksanaan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Urutan Perundang-undangan di Indonesia**

Perubahan atau amademen UUD 1945 membawa perubahan mendasar mengenai penyelenggaraan kekuasaan kehakiman, ditandai dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tentang kekuasaan kehakiman. Dalam Undang-Undang tersebut menimbang bahwa kekuasaan kehakiman menurut UUD 1945 merupakan kekuasaan yang merdeka yang dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan dibawahnya dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi guna menegakkan hukum dan keadilan.

Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tentang kekuasaan kehakiman pasal 10 ayat 2 menyebutkan bahwa badan peradilan yang berada dibawah Mahkamah Agung meliputi badan peradilan dalam lingkungan peradilan lingkungan umum, peradilan agama, peradilan militer dan peradilan tata usaha negara.

Khusus Peradilan Agama dipertegas pada pasal 44 huruf ( a ) bahwa semua pegawai Direktorat Pembinaan Peradilan Agama Departemen Agama menjadi Pegawai Dirjen Badan Peradilan Agama pada Mahkamah Agung serta pegawai Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama menjadi pegawai Mahkamah Agung.

Konsekwensi dari undang undang tersebut yaitu pengalihan organisasi, administrasi dan finansial badan peradilan dibawah Mahkamah Agung (Yudikatif) dimana sebelumnya dibawah Presiden (Eksekutif) sebagaimana ditegaskan pada pasal 13 ayat 1 bahwa organisasi, administrasi dan finansial Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya berada di bawah kekuasaan Mahkamah Agung. Pertanyaannya setelah pengalihan



kekuasaan tersebut apakah Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam masih diakui dan memiliki kekuatan hukum mengikat karena kekuasaan badan-badan peradilan tidak dibawah kekuasaan eksekutif atau Presiden seperti sebelumnya ?

Dengan demikian perlu kiranya upaya memositifkan Kompilasi Hukum Islam agar diakui dan memiliki kekuatan hukum mengikat serta dapat dilaksanakan oleh lembaga peradilan agama yang kedudukannya di bawah Mahkamah Agung. Hal ini perlu dilakukan karena pasca amandemen UUD 1945 sebagaimana disebutkan di atas bahwa kekuasaan kehakiman terlepas dari kekuasaan eksekutif. Dengan adanya pengalihan kekuasaan tersebut maka Inpres tentang Kompilasi Hukum Islam tidak memiliki kekuatan hukum yang mengikat.

#### **G. Dampak Hukum Pelaksanaan Isbat nikah**

Sebagaiman peneliti sebutkan pada bagian terdahulu memang tidak dapat dipungkiri bahwa Pengadilan Agama dengan kewenangan isbat nikahnya mempunyai andil dan kontribusi yang cukup besar dan penting dalam upaya memberikan rasa keadilan dan kepastian serta perlindungan hukum bagi masyarakat.

Setiap perkawinan yang telah dilaksanakan dan sah menurut hukum secara langsung menimbulkan keterikatan hak dan kewajiban. Prinsipnya keterikatan hak dan kewajiban masing-masing suami isteri ini sebetulnya ditentukan oleh kebenaran peristiwa perkawinan yang telah dilakukan. Dalam arti bahwa perkawinannya telah terpenuhi syarat dan rukunnya. Dalam hal ini

tidak ada tuntutan bagi pasangan untuk melengkapi syarat lain seperti melakukan pencatatan perkawinan.

Namun demikian pencatatan penting adanya ketika peristiwa perkawinan dikaitkan dengan adanya intervensi negara dalam melindungi hak-hak warganya karena dengan pencatatan itulah dapat dibuktikan kebenaran perkawinan.

Dengan demikian isbat nikah memiliki dampak positif terhadap perkawinan yang tidak tercatat. Tapi pada sisi lain apabila perkawinan dibawah tangan dapat diisbatkan ke pengadilan agama maka lambat laun akan memberikan dampak yang tidak baik dalam penegakan hukum (Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan).

Untuk menjaga agar terwujud ketertiban perkawinan dalam masyarakat Islam, maka prinsip yang tertuang dalam Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan dan Undang-Undang serta peraturan lainnya harus dijalankan oleh semua pihak.

### **BAB III**

#### **LAPORAN HASIL PENELITIAN**

##### **A. PROSES ISBAT NIKAH DI PENGADILAN AGAMA**

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama hanya menggariskan bahwa peradilan dalam hal ini Peradilan Agama bagi yang beragama Islam berwenang melakukan pengesahan nikah. Dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 belum mengatur bagaimana proses serta prosedurnya.

Aturan tentang isbat nikah dapat ditemukan pada pasal 7 ayat (2), (3) dan (4) Kompilasi Hukum Islam dan Buku II Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Agama pada bab II huruf b angka 2 sub 6 serta Surat Edaran Nomor 3 Tahun 2004 Tentang Tatacara dan Pemeriksaan Perkara Voluntair Isbat nikah dalam Pelayanan Terpadu.

Terobosan hukum terbaru yang dilakukan Mahkamah Agung Republik Indonesia terkait isbat nikah adalah dengan mengeluarkan Surat Edaran Mahkamah agung (SEMA) Nomor 03 Tahun 2014 tentang Tata Cara Pelayanan dan Pemeriksaan Perkara Voluntair Isbat nikah dalam Pelayanan Terpadu. Terobosan dimaksud antara lain membolehkan sidang isbat nikah terpadu dilakukan oleh hakim tunggal, pemanggilan para pihak dilakukan secara kolektif, penetapan hakim langsung berkekuatan hukum tetap setelah diucapkan dan ditambah bahwa isbat nikah dapat disidang di luar gedung pengadilan.

Jika dikaitkan dengan kepastian hukum, isbat nikah di lingkungan Peradilan Agama dapat dipahami dari dua sisi yaitu: Pertama, kepastian

hukum tentang proses isbat nikah. Kedua, kepastian hukum dari dasar pelaksanaan isbat nikah.

**a. Proses Isbat Nikah di Pengadilan Agama Ditinjau dari Aspek Kepastian Hukum**

Problematika isbat nikah yang cukup krusial ada pada interpretasi rumusan tekstualnya, baik pada Kompilasi Hukum Islam maupun rumusan Buku II Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Agama. Pada pembahasan ini ada dua rumusan yang dapat dijadikan sampel.

*Pertama*, rumusan pasal 7 ayat 3 Kompilasi Hukum Islam yang berbunyi, “isbat nikah yang dapat diajukan ke Pengadilan Agama terbatas mengenai hal-hal yang berkenaan dengan :

- a. Adanya perkawinan dalam rangka penyelesaian perceraian;
- b. Hilangnya Akta Nikah;
- c. Adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan;
- d. Adanya perkawinan yang terjadi sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974;
- e. Perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 1974”.<sup>91</sup>

Dalam memahami formulasi teks di atas dapat dibaca secara kumulatif dan dapat pula dibaca secara alternatif. Jika dipahami secara kumulatif, maka huruf a sampai dengan huruf e harus dibaca dalam satu kesatuan (kumulatif) dan tidak bisa dipisahkan satu dengan lainnya. Huruf c dan e harus dibaca dalam bingkai huruf d, yaitu selain alasan huruf a dan b, perkara isbat nikah yang boleh diajukan ke Pengadilan

---

<sup>91</sup> Departemen Agama RI, *Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, PP No. 9 Tahun 1975 dan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: 2004, h. 129-130

Agama adalah pernikahan yang dilaksanakan sebelum berlakunya undang-undang perkawinan. Jika dipahami demikian maka isbat nikah hanya diizinkan untuk: perceraian, akta nikah hilang dan perkawinan yang dilaksanakan sebelum berlakunya undang-undang perkawinan, di luar itu tidak diperbolehkan.

Namun bila dibaca dan dipahami secara alternatif maka masing-masing rumusan berdiri sendiri dan akan menghasilkan pemahaman yang lentur dan dinamis, artinya bahwa isbat nikah tidak terbatas pada alasan tersebut di atas tapi boleh dengan alasan lain sepanjang pernikahan yang dilakukan memenuhi syarat dan rukun menurut fiqh dan tidak ada halangan syar'i. Kompilasi Hukum Islam pasal 7 ayat 3 huruf e tidak membatasi waktu terjadinya perkawinan, namun mengemukakan norma sebagai ukuran ada tidaknya halangan perkawinan.

**Kedua**, rumusan Buku II Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan pada bab II sub 6 huruf f angka 4 yang berbunyi : “ Jika dalam proses pemeriksaan permohonan isbat nikah dalam angka (2) dan (3) tersebut di atas diketahui bahwa suaminya masih terikat dalam perkawinan yang sah dengan perempuan lain, maka istri terdahulu harus dijadikan pihak dalam perkara. Jika pemohon tidak mau merubah permohonannya dengan memasukkan istri terdahulu sebagai pihak, permohonan tersebut harus dinyatakan tidak dapat diterima”.<sup>92</sup> Berangkat dari rumusan tersebut muncul beberapa pertanyaan diantaranya :

---

<sup>92</sup>Mahkamah Agung RI, *Buku II Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Agama*, 2013, h. 153

1. Kapan diketahui bahwa suami masih terikat dalam perkawinan yang sah dengan perempuan lain ?
2. Dari mana fakta hukum itu diketahui dan apakah mungkin permohonan voluntair bisa berubah menjadi gugatan kontensius ?

Pertanyaan tersebut di atas dapat menimbulkan interpretasi yang beragam dan menjadi perdebatan panjang karena masing-masing dapat dijawab dengan argumentasi yuridis dan logis. Kata “diketahui” dalam rumusan kalimat tersebut di atas tentu oleh hakim dalam proses pemeriksaan di persidangan. Bagaimana kalau diketahui lebih awal sebelum diperiksa oleh hakim, misalnya oleh petugas penerima pendaftaran ?

Pertanyaan kedua, dari mana fakta hukum itu diketahui? Bila asumsinya perkara sudah di tangan majelis hakim, maka fakta itu diketahui paling awal dari dalil-dalil gugatan atau permohonan penggugat atau pemohon, kemudian bisa pula dari jawaban tergugat (kontensius) dan yang terakhir tentu dari proses pembuktian baik berupa bukti tertulis atau keterangan saksi.

Frasa dalam rumusan Buku II yang berbunyi, “Jika pemohon tidak mau merubah permohonannya dengan memasukkan istri terdahulu sebagai pihak, permohonan tersebut harus dinyatakan tidak dapat diterima”. Rasanya sulit kalau tidak boleh dibilang mustahil untuk memasukkan istri terdahulu sebagai pihak yang format permohonannya tetap bersifat voluntair. Apakah logis istri terdahulu didorong untuk aktif menjadi pemohon III misalnya, sementara isbat nikah yang diajukan



untuk istri kedua dan seterusnya biasanya karena ketika akad, istri terdahulu tidak memberi restu. Problem berikutnya, apa bisa perkara permohonan (Voluntair) diubah menjadi perkara gugatan (kontensius) mengingat karakternya dari banyak aspek berbeda ?. Hal yang sama dialami isbat nikah yang bersifat kontensius, apa diizinkan oleh hukum acara perubahan gugatan dengan menambah pihak, karena menambah pihak berarti merubah substansi gugatan? Meskipun dapat dipahami bahwa yang dimaksud rumusan Buku II di atas jelas-jelas untuk perkara voluntair karena menggunakan istilah permohonan bukan gugatan.

Ada kesamaan persepsi di kalangan praktisi hukum bahwa yang dimaksud dengan isbat nikah merupakan produk hukum *declarative* atau sekadar untuk menyatakan sahnyanya perkawinan yang dilaksanakan menurut hukum agama namun tidak dicatatkan dengan implikasi hukum setelah perkawinan tersebut diisbatkan menjadi memiliki kepastian hukum (*rechtszekerheid*).

Berdasarkan ketentuan Pasal 7 Ayat (1) Kompilasi Hukum Islam<sup>93</sup> dan Pasal 100 KUH Perdata<sup>94</sup>, dapat disimpulkan bahwa adanya suatu perkawinan hanya bisa dibuktikan dengan akta perkawinan atau akta nikah yang dicatat dalam register. Bahkan ditegaskan, akta perkawinan atau akta nikah merupakan satu-satunya alat bukti perkawinan. Kalau demikian, fungsi dan kedudukan pencatatan perkawinan oleh Pegawai Pencatat Nikah pada Kantor Urusan Agama (bagi pasangan suami istri

---

<sup>93</sup>Pasal 7 Ayat (1) KHI menyebutkan bahwa Perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan Akta Nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah.

<sup>94</sup>Pasal 100 KUH Perdata menentukan bahwa adanya perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan cara lain, melainkan dengan akta perlangsungan perkawinan itu, yang telah dibukukan dalam register-register catatan sipil, kecuali dalam hal-hal tertentu.

yang beragama Islam) adalah untuk menjamin ketertiban hukum (legal order).

Bagi pasangan suami istri yang telah melangsungkan perkawinan menurut hukum agamanya,<sup>95</sup> tanpa dicatat oleh Pegawai Pencatat Nikah (PPN) Kantor Urusan Agama Kecamatan, maka pasangan suami isteri tersebut dapat mengajukan permohonan isbat nikah ke Pengadilan Agama. Akan tetapi, isbat nikah dimaksud hanya dimungkinkan bila berkenaan dengan: a) dalam rangka penyelesaian perceraian; b) hilangnya akta nikah; c) adanya keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat perkawinan; d) perkawinan terjadi sebelum berlakunya UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan; e) perkawinan yang dilakukan oleh mereka yang tidak mempunyai halangan perkawinan menurut Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974. Artinya, bila terdapat salah satu dari kelima alasan di atas maka dapat diajukan permohonan Istbat Nikah ke Pengadilan Agama.

Namun demikian, Pengadilan Agama tentu hanya akan mengabulkan permohonan isbat nikah, sepanjang perkawinan yang telah dilangsungkan itu memenuhi rukun dan syarat perkawinan secara syariat Islam dan tidak melanggar larangan perkawinan yang diatur di dalam Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam.

Permasalahan lain yang timbul dari isbat nikah adalah berkaitan dengan ketentuan waktu pelaksanaan perkawinan sebelum berlakunya Undang-Undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 sebagaimana diatur

---

<sup>95</sup> Pasal 2 Ayat (1) Undang-Undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menyatakan, "Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu".

Pasal 7 Ayat 3 (d) Kompilasi Hukum Islam, sedangkan kenyataannya permohonan Isbat nikah tersebut diajukan terhadap perkawinan yang dilaksanakan sesudah atau di atas tahun 1974. Terhadap hal demikian, hakim perlu mencari alas hukum yang membolehkan pengadilan agama menerima perkara isbat nikah meski perkawinan yang dimohonkan isbat tersebut terjadi setelah berlakunya Undang-Undang Perkawinan.

Setidaknya terdapat dua alasan pengadilan agama dapat menerima dan memutus perkara isbat nikah terhadap perkawinan pasca berlakunya Undang-Undang Perkawinan. *Pertama*, berkaitan dengan asas kebebasan Hakim untuk menemukan hukumnya terhadap masalah atau kasus yang tidak terdapat peraturan hukumnya (*rechtsvacuum*). Kedua, pendekatan sosiologis yang mendorong hakim menganalisis suatu kasus dengan pendekatan sosiologi hukum dan melakukan penafsiran teleologis (penafsiran sosiologis) terhadap peraturan lain yang ada hubungannya dengan masalah yang dihadapi supaya hukum tidak stagnan, melainkan berkembang mengikuti perkembangan masyarakat atau sesuai dengan hukum yang hidup dan berkembang (*living law*) di masyarakat. Langkah-langkah ini kemudian dikenal dengan sebutan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Ada tiga karakteristik yang sesuai dengan penemuan hukum yang progresif:

1. Metode penemuan hukum bersifat visioner dengan melihat permasalahan hukum tersebut untuk kepentingan jangka panjang ke depan dengan beberapa ketentuan yang menjadi alas hukum argumentasi ini antara lain:
  - 1) Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang

Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan, Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

2. Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi: Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat; 3) Pasal 56 Ayat 1 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, berbunyi: “Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan memutusnya; melihat case by case; 2) Metode penemuan hukum yang berani dalam melakukan terobosan (rule breaking) dengan melihat dinamika masyarakat, tetapi tetap berpedoman pada hukum, kebenaran, dan keadilan serta memihak dan peka pada nasib dan keadaan bangsa dan negaranya;
3. Metode penemuan hukum yang dapat membawa kesejahteraan dan kemakmuran masyarakat dan juga membawa bangsa dan Negara keluar dari keterpurukan dan ketidakstabilan sosial seperti saat ini.<sup>96</sup>

Dalam sosiologi hukum, dikenal istilah *the maturity of law* atau hukum yang matang yaitu hukum yang benar-benar efektif sebagai busana masyarakat (*clothes body of society*), yang bersifat praktis, rasional dan actual sehingga dapat menjembatani dinamika nilai kesadaran hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat, tanpa terbelenggu formalistik melaksanakan suatu peraturan. Kalau perlu, dibutuhkan adanya keberanian untuk melakukan contra legem untuk menghadapi peraturan atau ketentuan yang kurang logis.<sup>97</sup> Dengan demikian, menolak permohonan isbat nikah sebelum dilakukan pemeriksaan dengan alasan tidak ada hukum yang mengaturnya, bukan merupakan pilihan utama.

Menurut Ahmad Rifai, hakim mempunyai diskresi bebas dan perasaannya tentang apa yang benar dan apa yang salah merupakan

<sup>96</sup> Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perpektif Hukum Progresif*, Jakarta: Sinar Grafika, Cet. I, 2010, h. 93.

<sup>97</sup> Abdul Manan, *Refleksi beberapa Materi Cara Beracara di Lingkungan Peradilan Agama*, Bandung: CV.Mandar Maju, Cet.I, 2008, h. 215.

pengarahan sesungguhnya untuk mencapai keadilan.<sup>98</sup> Selanjutnya dikemukakan, ajaran hukum bebas (*freirechtslehre*) memberikan kepada hakim kehendak bebas dalam pengambilan keputusan. Hakim dapat menentukan putusannya tanpa harus terikat pada Undang-Undang. Indonesia sebagai Negara yang menganut ajaran hukum bebas, memberikan kebebasan kepada hakim untuk menggali nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat untuk dijadikan dasar dari pengambilan putusannya.<sup>99</sup> Karena fungsi dan peran Hakim untuk menggali hukum yang hidup dalam masyarakat lantaran tidak lengkapnya peraturan perundang-undangan untuk memenuhi segala peristiwa hukum atau tuntutan hukum, maka dengan mengalaskan pada ajaran *Cicero ubi societas ibi ius* (di mana ada masyarakat di sanalah ada hukum), maka kekosongan hukum pun dipandang tidak pernah ada, dengan *reasioning* setiap masyarakat mempunyai mekanisme untuk menciptakan kaidah-kaidah hukum apabila hukum resmi tidak memadai atau tidak ada.<sup>100</sup>

Selain bersifat legal, suatu peraturan juga bersifat *sociological*, *empirical* yang tak bisa dipisahkan secara mutlak. Dengan menggunakan pisau interpretasi, hakim tidak semata-mata membaca peraturan melainkan juga membaca kenyataan yang terjadi dalam masyarakat sehingga keduanya dapat disatukan. Dari situlah akan timbul suatu kreatifitas, inovasi serta progresivisme yang melahirkan konstruksi hukum.

---

<sup>98</sup> Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim...*, h. 78.

<sup>99</sup> Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

<sup>100</sup> Abdurrahman et.al, *Bagir Manan Ilmuwan dan Penegak Hukum (Kenangan Sebuah Pengabdian)*, Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2008, h.13.



Pola pikir inilah yang mengarahkan Pengadilan Agama untuk dapat menerima perkara permohonan isbat nikah untuk keperluan Akta Kelahiran Anak meskipun berusia lebih dari satu tahun dengan merujuk pada Pasal 32 ayat (2) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan yang menyatakan bahwa pencatatan kelahiran yang melampaui batas waktu satu tahun dilaksanakan berdasarkan penetapan pengadilan yang menyatakan anak itu anak orangtua yang bersangkutan. Dengan demikian, isbat nikah untuk keperluan membuat akta kelahiran anak merupakan sintesa penyimpangan hukum (*distortion of law*) yang dibina atas dasar pengisian kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) karena selain tidak ada peraturan yang mengatur secara khusus tentang hal itu, juga perkawinan secara syar'iyah tersebut dilaksanakan sesudah berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.

#### **b. Dasar Hukum Isbat Nikah Ditinjau Dari Aspek Kepastian Hukum**

Kepastian hukum sesungguhnya merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologis. Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam arti tidak menimbulkan keragu-raguan (multi tafsir) dan logis dalam arti ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma berbentuk kontestasi norma, reduksi norma atau distorsi norma.

Perkara isbat nikah yang banyak ditangani oleh pengadilan agama, di satu sisi sebagai cerminan adanya kesadaran hukum dari pelakunya



untuk mengoreksi kelalaiannya tidak mencatatkan perkawinannya, di sisi lain terbersit satu harapan kuat akan lahirnya kepastian hukum atas perkawinannya.

Kepastian hukum dari isbat nikah masih mengundang diskusi panjang sebagai akibat dari kekosongan hukum dan imperatifnya ketentuan pencatatan nikah, sehingga muncul suatu kekhawatiran selain isbat nikah sebagai pelegalan penyelundupan hukum, juga isbat nikahnya itu sendiri bermuatan unsur-unsur penyelundupan dan penyimpangan hukum walau dengan metode yang benar dan lumrah dipergunakan dalam memutus suatu perkara. Karenanya, perlu adanya payung hukum terhadap kekosongan hukum isbat nikah, mengingat semakin banyak peristiwa perkawinan yang tidak tercatat yang pada saatnya selain merugikan hak sipil perempuan yang menjadi isteri dalam perkawinan di bawah tangan dan merugikan hak perdata anak yang lahir dari perkawinan tersebut.

Kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak lagi dapat dijadikan pedoman perilaku bagi semua orang. *Ubi jus incertum, ibi jus nullum* (di mana tiada kepastian hukum di situ tidak ada hukum)<sup>101</sup>. Menurut Jan Michiel Otto kepastian hukum yang sesungguhnya lebih berdimensi yuridis. Otto mendefinisikan kepastian hukum sebagai kemungkinan bahwa dalam situasi tertentu:

---

<sup>101</sup> Sidharta, *Moralitas Profesi Hukum Suatu Tawaran Kerangka berfikir*, Bandung: Revika Aditama, 2006, h. 79-80.

- a) Tersedia aturan-aturan yang jelas (jernih), konsisten dan mudah diperoleh (accessible), diterbitkan dan diakui oleh (kekuasaan) negara;
- b) Instansi-instansi penguasa (pemerintahan) menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten dan juga tunduk dan taat kepadanya;
- c) Warga secara prinsipil menyesuaikan perilaku mereka terhadap aturan-aturan tersebut;
- d) Hakim-hakim (peradilan) yang mandiri dan tidak berpihak menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten sewaktu mereka menyelesaikan sengketa hukum, dan;
- e) Keputusan peradilan secara konkrit dilaksanakan<sup>102</sup>.

Dasar hukum isbat nikah dapat ditemukan pada Pasal 49 angka 22 penjelasan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009, dan Pasal 7 ayat (2), (3) dan (4) Kompilasi Hukum Islam serta Buku II Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan pada bab II sub 6 huruf b.

Kedudukan Kompilasi Hukum Islam sebagai dasar isbat nikah bila dilihat dari derajatnya masih sering mendapat kritikan karena Kompilasi Hukum Islam pemberlakuannya hanya berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 dan Keputusan Menteri Agama Nomor 154 tahun 1991. Instruksi Presiden menurut pasal 2 TAP MPR RI Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Perundang-undangan jelas tidak termasuk dalam tata urutan peraturan perundang-undangan Negara Republik Indonesia, padahal seharusnya kewenangan dan teknis peradilan (hukum acara) diatur dalam undang-undang. Pada

---

<sup>102</sup>Ibid, h. 82.

pasal 14 ayat (1) Undang-Undang Nomor 04 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menyebutkan “ Susunan, kekuasaan, dan hukum acara Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 diatur dengan undang-undang tersendiri”. Karenanya pada sisi ini dapat dipahami bahwa kehadiran Instruksi Presiden, Peraturan Menteri dan Surat Edaran Ketua Mahkamah Agung adalah dalam rangka mengisi kekosongan hukum dan atau penjabaran yang lebih teknis dari undang-undang yang telah ada karena tuntutan kebutuhan zaman. Kompilasi Hukum Islam, Peraturan Mahkamah Agung, dan Surat Edaran Ketua Mahkamah Agung telah digunakan oleh para hakim dalam memeriksa dan memutus perkara itsbt nikah di pengadilan secara merata dan massif.

Patut untuk menjadi perhatian, bahwa perubahan atau amandemen UUD 1945 membawa perubahan mendasar mengenai penyelenggaraan kekuasaan Kehakiman. Hal ini ditandai dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Dalam undang-undang tersebut dijelaskan bahwa kekuasaan kehakiman menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan kekuasaan yang merdeka, dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi, untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 10 ayat (2) menyebutkan bahwa Badan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung meliputi badan peradilan dalam

lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer, dan peradilan tata usaha negara.

Konsekuensi dari undang-undang tersebut yaitu pengalihan organisasi, administrasi, dan finansial badan peradilan di bawah Mahkamah Agung (judikatif), dimana sebelumnya di bawah Presiden (eksekutif). Bahkan pada pasal 13 ditegaskan pada Pasal 13 ayat (1) bahwa Organisasi, administrasi, dan finansial Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya berada di bawah kekuasaan Mahkamah Agung. Khusus Peradilan Agama dipertegas pada Pasal 44 huruf (a) bahwa semua pegawai Direktorat Pembinaan Peradilan Agama Departemen Agama menjadi pegawai Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama pada Mahkamah Agung, serta pegawai pengadilan agama dan pengadilan tinggi agama menjadi pegawai Mahkamah Agung. Pertanyaannya setelah pengalihan kekuasaan tersebut apakah Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam masih diakui dan memiliki kekuatan hukum mengikat karena kekuasaan badan-badan peradilan tidak dibawah kekuasaan (eksekutif) Presiden seperti sebelumnya ?.

Dengan adanya pengalihan kekuasaan tersebut maka ketentuan peraturan yang dibentuk oleh Presiden, termasuk Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam bersifat tidak mengikat. Istilah instruksi merupakan perintah atasan kepada bawahan menjadi gugur dengan sendirinya. Oleh karena itu, perlu memositifkan Kompilasi Hukum Islam agar diakui dan memiliki kekuatan hukum yang mengikat, serta

dapat dilaksanakan oleh lembaga peradilan Agama yang kedudukannya dibawah Mahkamah Agung.

Sebagaimana penjelasan di atas, pasca amandemen UUD 1945 bahwa Lembaga Peradilan tidak lagi dibawah kekuasaan eksekutif (Presiden), maka konsekuensi logisnya diperlukan Instrumen pengesahan oleh Negara yang ditentukan oleh undang-undang agar Kompilasi Hukum Islam dapat dipergunakan sebagai sumber hukum. Dan sebagai negara hukum, tentu diperlukan sebuah legitimasi agar dapat digunakan sebagai landasan yang sah secara hukum positif di Indonesia.

Produk hukum untuk memositifkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam oleh Presiden dapat berupa; (1) Mengajukan rancangan undang-undang (RUU) kepada DPR untuk ditetapkan menjadi undang-undang, (2) Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu), (3) Peraturan Pemerintah (PP), dan (4) Peraturan Presiden (Perpres).

Menurut Peneliti dari empat produk hukum diatas, upaya paling mudah untuk memositifkan Kompilasi Hukum Islam dapat dilakukan melalui Peraturan Pemerintah Pengganti Undang undang (Perpu). Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) sebagaimana dijelaskan dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Pasal 1 ayat (4) adalah Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa. Ketentuan tersebut diatur pula dalam Pasal 22 UUD 1945.

Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2009, ada tiga syarat sebagai parameter adanya “kegentingan yang memaksa” bagi Presiden untuk menetapkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, yaitu:

- 1) Adanya keadaan yaitu kebutuhan mendesak untuk menyelesaikan masalah hukum secara cepat berdasarkan undang-undang;
- 2) Undang-undang yang dibutuhkan tersebut belum ada sehingga terjadi kekosongan hukum, atau ada undang-undang tetapi tidak memadai;
- 3) Kekosongan hukum tersebut tidak dapat diatasi dengan cara membuat undang-undang secara prosedur biasa karena akan memerlukan waktu yang cukup lama sedangkan keadaan yang mendesak tersebut perlu kepastian untuk diselesaikan.<sup>103</sup>

Berdasarkan ketentuan diatas, Kompilasi Hukum Islam telah memenuhi syarat dan Presiden dapat berinisiatif membentuk produk hukum Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang tentang Kompilasi Hukum Islam untuk dapat langsung diterapkan. Dengan demikian produk hukum tersebut dapat kembali memositifkan Kompilasi Hukum Islam yang sebelumnya tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

Mengapa upaya memositifkan Kompilasi Hukum Islam tidak dilakukan melalui produk hukum Peraturan Presiden (Perpres) atau Peraturan Pemerintah (PP) dan atau mengajukan RUU ke DPR ? Dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Pasal 1 ayat (6) menyebutkan bahwa Peraturan Presiden adalah Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden untuk menjalankan perintah Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dalam menyelenggarakan kekuasaan pemerintahan.

---

<sup>103</sup>Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 138/PUU-VII/2008



Dengan demikian tidak dapat memositifkan Kompilasi Hukum Islam melalui produk hukum Peraturan Presiden, karena ketentuan Peraturan Presiden adalah untuk menjalankan peraturan yang lebih tinggi. Sedangkan peraturan yang lebih tinggi belum ada diatur.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Pasal 1 ayat (5) menyebutkan bahwa Peraturan Pemerintah adalah Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden untuk menjalankan Undang-Undang sebagaimana mestinya. Dengan demikian tidak dapat memositifkan Kompilasi Hukum Islam melalui produk hukum Peraturan Pemerintah, karena ketentuan Peraturan pemerintah adalah untuk menjalankan undang-undang, sedangkan undang-undang belum ada.

Apabila Presiden menggunakan pengajuan rancangan undang-undang tentang Kompilasi Hukum Islam kepada DPR agar langsung menjadi undang-undang, rancangan tersebut akan dibahas pada sidang Tahunan DPR dan itu pun jika termasuk skala prioritas. Ketentuan tersebut diatur dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Pasal 20 ayat (2) bahwa Prolegnas ditetapkan untuk jangka menengah dan tahunan berdasarkan skala prioritas pembentukan Rancangan Undang-Undang. Maka berdasarkan ketentuan tersebut Kompilasi Hukum Islam harus menunggu hingga Prolegnas dan jika disetujui oleh DPR maka menjadi undang-undang. UUD 1945 Pasal 20 ayat (2) menyebutkan setiap rancangan undang-undang dibahas oleh DPR dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama. Ayat (4)

menyebutkan Presiden mengesahkan rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama untuk menjadi undang-undang.

Karenanya menurut Peneliti, agar Kompilasi Hukum Islam dapat digunakan sebagai sumber hukum oleh Peradilan Agama dan digunakan menyelesaikan masalah umat Islam, maka pilihan yang rasional adalah positivisasi Kompilasi Hukum Islam melalui Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang atau Perpu. Oleh karena itu Presiden dapat berinisiatif meningkatkan produk hukum dari Instruksi Presiden menjadi Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang agar dapat langsung dilaksanakan oleh badan peradilan agama. Kemudian jika dalam perjalanannya DPR RI menyetujui maka Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang akan menjadi Undang-Undang.

**c. Itbat Nikah Ditinjau dari Aspek Yuresprudensi dan Kewenangan Hakim**

Semenjak dikeluarkannya Instruksi Presiden Nomor 1 tahun 1991, maka Kompilasi Hukum Islam yang selanjutnya disebut dengan KHI secara praktis telah menjadi sumber hukum materiil di Peradilan Agama bagi para hakim, pengacara dan pencari keadilan. Begitu juga berdasarkan Surat Keputusan Menteri Agama Nomor 15 tahun 1991 yang di dalam diktumnya menyatakan. Pertama, seluruh instansi Departemen Agama dan Instansi Pemerintahan lainnya yang terkait agar menyebarluaskan Kompilasi Hukum Islam di bidang hukum perkawinan, kewarisan dan perwakafan. Kedua, seluruh lingkungan instansi tersebut dalam dictum pertama., dalam menyelesaikan masalah-masalah bidang hukum

perkawinan, kewarisan dan perwakafan sedapat mungkin menggunakan KHI. Ketiga, Direktur Jendral Bimbingan Masyarakat Islam dan Urusan Haji mengkoordinasikan pelaksanaan Keputusan Menteri Agama RI dalam bidang tugasnya masing-masing.<sup>104</sup>

Dengan keluarnya Instruksi Presiden Nomor 1 tahun 1991 dan Surat Keputusan Menteri Agama Nomor 15 Tahun 1991 tersebut, maka Kompilasi Hukum Islam telah mendapatkan pengesahan untuk dipergunakan sebagai pedoman bagi para hakim pada lingkungan Peradilan Agama dan instansi lain dalam melaksanakan tugasnya sehari-hari dan masyarakat yang memerlukannya. Para hakim dituntut sedapat mungkin menerapkan Kompilasi Hukum Islam disamping peraturan perundang-undangan lainnya. Kata “sedapat mungkin” sebagaimana yang tertera dalam Inpres Nomor 1 tahun 1991. Dalam hal ini Mahkamah Agung menganjurkan dalam setiap pernyataan putusan untuk mencantumkan pasal-pasal Kompilasi Hukum Islam. Dengan diberlakukannya Kompilasi Hukum Islam, kekosongan hukum itu telah terisi dan “keseragaman” keputusan pengadilan yang didasarkan pada Kompilasi Hukum Islam merupakan salah satu ujian terhadap efektivitas penerapan hukum Islam”.

Dengan Instruksi Presiden dan Keputusan Menteri Agama maka Kompilasi Hukum Islam mempunyai kedudukan sebagai “pedoman” dalam putusan. Artinya sebagai petunjuk bagi hakim Pengadilan Agama dalam memutuskan dan menyelesaikan perkara.

---

<sup>104</sup> Abdul Ghani Abdullah, *Pengantar Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, Jakarta: Gema Insani Press, 1994, h. 153-154

Tentang boleh atau tidaknya seorang hakim menggunakan Kompilasi hukum Islam dalam putusan, itu adalah hak prerogatif hakim dan jika seorang hakim telah memutuskan perkara maka sudah dianggap benar serta dijamin oleh Undang-undang. Kemudian putusannya mempunyai kekuatan hukum tetap dan bisa dijadikan yurisprudensi bagi hakim-hakim lain karena yurisprudensi dalam struktur peraturan perundang-undangan Indonesia mempunyai kekuatan hukum yang mengikat.

Hakim tidak hanya merdeka secara institusional namun hakim juga merdeka secara personal, sebagaimana telah diatur di dalam Pasal 24 Perubahan Keempat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Undang-Undang Dasar 1945) yang menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman dijalankan secara merdeka dalam peradilan yang adil. Artinya, hakim bebas dan merdeka serta tidak dapat dipengaruhi oleh kekuasaan lainnya dalam mengadili suatu perkara, bahkan termasuk oleh sesama hakim yang tidak memutus perkara tersebut atau hakim yang pernah menangani kasus serupa terdahulu.

Persamaan persepsi di dalam penerapan hukum akan mewujudkan kepastian hukum. Terwujudnya kepastian hukum akan mencegah atau menghindarkan disparitas dan inkonsistensi putusan disebabkan hakim telah menerapkan standar hukum yang sama terhadap kasus atau perkara yang sama atau serupa dengan perkara yang telah putus atau diadili oleh hakim sebelumnya, sehingga putusan terhadap perkaranya dapat diprediksikan oleh pencari keadilan. Dengan adanya putusan yang

konsisten tersebut maka rasa keadilan dan kepastian hukum dapat terwujud. Konsistensi penerapan hukum juga dapat menumbuhkan kembangkan yurisprudensi sebagai sumber hukum dan pengembangan hukum, sebab undang-undang tidak selalu lengkap dan tuntas mengatur segalanya.

Peranan hakim dalam hal ini menjadi pengisi kekosongan hukum ketika undang-undang tidak mengatur dengan cara menciptakan hukum baik hukum formil maupun hukum materiil. Dengan adanya pedoman atau pegangan yang ada dalam yurisprudensi tersebut, maka akan timbul konsistensi dalam sikap peradilan dan menghindari putusan-putusan yang kontroversial, hal mana pada gilirannya akan memberikan jaminan kepastian hukum serta kepercayaan terhadap peradilan dan penegakan hukumnya.

Selain memberikan jaminan hukum dan kepercayaan terhadap peradilan, dengan adanya konsistensi putusan dapat mengakibatkan berkurangnya arus perkara yang masuk ke Mahkamah Agung. Dimana berdasarkan salah satu penelitian yang dilakukan oleh Lembaga Kajian dan Advokasi Untuk Independensi Peradilan (LeIP), 93,16% perkara di tingkat banding masuk ke Mahkamah Agung dan salah satu faktor dominan tingginya arus perkara tersebut adalah inkonsistensi putusan atau ketidakjelasan sikap Mahkamah Agung atas suatu permasalahan hukum. Perlu diketahui bahwa untuk mengatasi masalah tersebut, Mahkamah Agung saat ini sudah melakukan tahap awal untuk membentuk suatu

kesatuan hukum demi konsistensi putusan dengan diterapkannya sistem kamar sejak September tahun 2011.

Dari segi kemerdekaan hakim, yurisprudensi pada pokoknya tidak mencederai nilai-nilai kemerdekaan seorang hakim. Yurisprudensi sebagai konsekuensi bahwa ia adalah penghalusan dari undang-undang, didalamnya terkandung norma undang-undang yang mengikat hakim, sehingga hakim tidak dapat dikatakan tidak merdeka ketika hakim memutus dengan mempertimbangkan yurisprudensi.

## **B. ANALISIS KRITIS TERHADAP ALAT BUKTI DALAM ISBAT NIKAH**

Terkait dengan alat bukti yang diajukan oleh para pemohon isbat nikah, (*alat bukti berupa Surat keterangan menikah dan Kartu keluarga*) menurut Peneliti perlu dianalisis dengan beberapa teori sehingga diharapkan mampu menjadi kritik yang konstruktif dan mendatangkan umpan balik yang mendatangkan nilai positif dan membangun. Teori dimaksud diantaranya: Teori Administrasi Negara, Teori *Critical Legal Studies*, Teori Pembuktian, Teori Pembuktian dalam Hukum Islam, dan Teori *Hifdzun Nasl*.

### **a. Alat Bukti Dalam Pelaksanaan Itsbat Nikah Ditinjau dari Aspek Teori Administrasi Negara**

Aspek hukum keperdataan (muamalah) dalam undang-undang perkawinan secara substansial dikembalikan kepada ajaran agama masing-masing, atau setidaknya rumusan formalnya tidak boleh bertentangan dengan ajaran agama. Hal ini nampak jelas jika kita baca pasal 2 ayat 1 yang berbunyi: “Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu”, dan



atau pasal 6 ayat 6 yang berbunyi: “Ketentuan tersebut ayat (1) sampai dengan ayat (5) pasal ini berlaku sepanjang hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu dari yang bersangkutan tidak menentukan lain”.

Berdasarkan logika hukum dari pasal 2 ayat 1 tersebut dapat ditarik kaidah hukum bahwa sah tidaknya perkawinan ditentukan oleh ajaran agama, bukan oleh undang-undang. Yang memiliki otoritas menentukan sah tidaknya perkawinan adalah Syari’ (pembuat syari’at), bukan manusia atau kelompok manusia, baik melalui legislasi ataupun yurisprudensi. Dengan demikian perkawinan yang sah menurut agama maka sah menurut peraturan perundang-undangan. Tidak ada dikotomi antara hukum agama dan hukum negara.

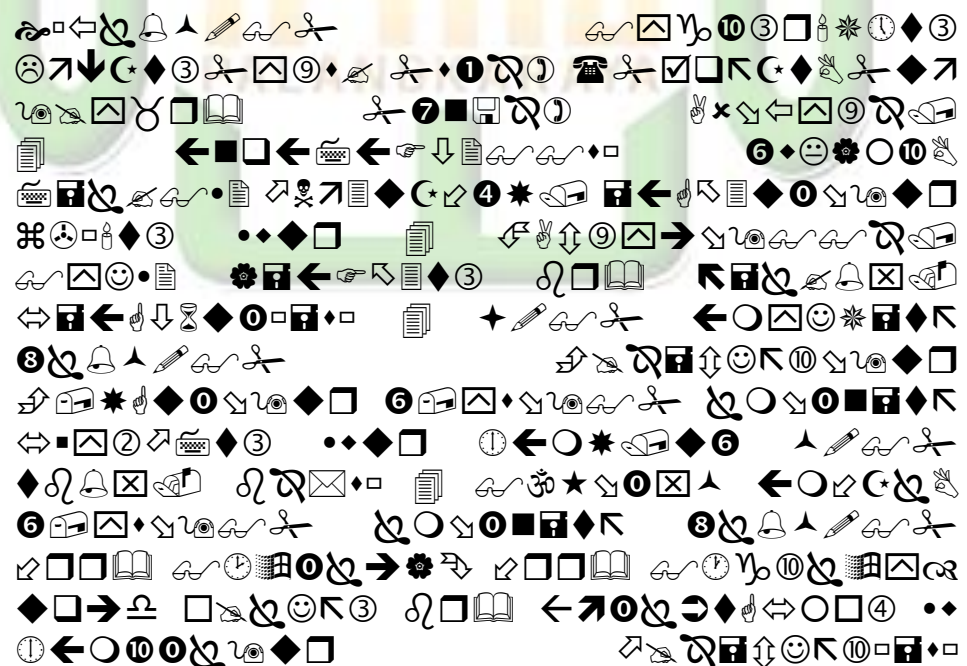
Hanya saja perkawinan yang tidak dilaksanakan di hadapan pejabat dan atau tidak dicatat (di bawah tangan) tidak memenuhi aspek hukum administrasi negara sehingga tidak memiliki dokumen resmi dari negara (akta nikah) dan berimplikasi tidak mempunyai kekuatan hukum. Kaidah hukum ini merujuk antara lain pada pasal 2 ayat 2, yang berbunyi: “ Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

Kekuatan hukum artinya kekuatan pembuktian secara legal formal dan kekuatan mengikat kepada pihak-pihak yang berwenang. Perkawinan yang tidak memiliki kekuatan hukum berdampak yuridis terhadap hak-hak pelayanan publik oleh instansi yang berwenang bagi pelakunya. Mereka tidak memperoleh perlindungan dan pelayanan hukum oleh

instansi yang berwenang sebagaimana mestinya. Perkawinan mereka tidak diakui dalam daftar kependudukan, tidak dapat memperoleh akte kelahiran bagi anak-anak mereka dan seterusnya. Dengan kata lain, pernikahan sirri banyak membawa madharat dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.

Karena perkawinan sirri banyak dampak buruknya maka peraturan perundang-undangan menggariskan bahwa setiap perkawinan harus dilakukan di hadapan pejabat dan didaftarkan dalam register yang disediakan untuk itu. Keharusan dilaksanakan di hadapan pejabat dan dicatat dikandung maksud agar tercipta ketertiban dan kepastian hukum.

Keharusan mencatatkan perkawinan dan pembuatan akta perkawinan, dalam hukum Islam, dapat diqiyaskan kepada pencatatan dalam persoalan mudayanah (utang-piutang) yang dalam situasi tertentu diperintahkan untuk mencatatnya, seperti disebutkan dalam firman Allah surat al-Baqarah ayat 282:



𐀀𐀁𐀂𐀃𐀄𐀅𐀆𐀇𐀈𐀉𐀊𐀋𐀌𐀍𐀎𐀏𐀐𐀑𐀒𐀓𐀔𐀕𐀖𐀗𐀘𐀙𐀚𐀛𐀜𐀝𐀞𐀟𐀠𐀡𐀢𐀣𐀤𐀥𐀦𐀧𐀨𐀩𐀪𐀫𐀬𐀭𐀮𐀯𐀰𐀱𐀲𐀳𐀴𐀵𐀶𐀷𐀸𐀹𐀺𐀻𐀼𐀽𐀾𐀿𐁀𐁁𐁂𐁃𐁄𐁅𐁆𐁇𐁈𐁉𐁊𐁋𐁌𐁍𐁎𐁏𐁐𐁑𐁒𐁓𐁔𐁕𐁖𐁗𐁘𐁙𐁚𐁛𐁜𐁝𐁞𐁟𐁠𐁡𐁢𐁣𐁤𐁥𐁦𐁧𐁨𐁩𐁪𐁫𐁬𐁭𐁮𐁯𐁰𐁱𐁲𐁳𐁴𐁵𐁶𐁷𐁸𐁹𐁺𐁻𐁼𐁽𐁾𐁿𐂀𐂁𐂂𐂃𐂄𐂅𐂆𐂇𐂈𐂉𐂊𐂋𐂌𐂍𐂎𐂏𐂐𐂑𐂒𐂓𐂔𐂕𐂖𐂗𐂘𐂙𐂚𐂛𐂜𐂝𐂞𐂟𐂠𐂡𐂢𐂣𐂤𐂥𐂦𐂧𐂨𐂩𐂪𐂫𐂬𐂭𐂮𐂯𐂰𐂱𐂲𐂳𐂴𐂵𐂶𐂷𐂸𐂹𐂺𐂻𐂼𐂽𐂾𐂿𐃀𐃁𐃂𐃃𐃄𐃅𐃆𐃇𐃈𐃉𐃊𐃋𐃌𐃍𐃎𐃏𐃐𐃑𐃒𐃓𐃔𐃕𐃖𐃗𐃘𐃙𐃚𐃛𐃜𐃝𐃞𐃟𐃠𐃡𐃢𐃣𐃤𐃥𐃦𐃧𐃨𐃩𐃪𐃫𐃬𐃭𐃮𐃯𐃰𐃱𐃲𐃳𐃴𐃵𐃶𐃷𐃸𐃹𐃺𐃻𐃼𐃽𐃾𐃿𐄀𐄁𐄂𐄃𐄄𐄅𐄆𐄇𐄈𐄉𐄊𐄋𐄌𐄍𐄎𐄏𐄐𐄑𐄒𐄓𐄔𐄕𐄖𐄗𐄘𐄙𐄚𐄛𐄜𐄝𐄞𐄟𐄠𐄡𐄢𐄣𐄤𐄥𐄦𐄧𐄨𐄩𐄪𐄫𐄬𐄭𐄮𐄯𐄰𐄱𐄲𐄳𐄴𐄵𐄶𐄷𐄸𐄹𐄺𐄻𐄼𐄽𐄾𐄿𐅀𐅁𐅂𐅃𐅄𐅅𐅆𐅇𐅈𐅉𐅊𐅋𐅌𐅍𐅎𐅏𐅐𐅑𐅒𐅓𐅔𐅕𐅖𐅗𐅘𐅙𐅚𐅛𐅜𐅝𐅞𐅟𐅠𐅡𐅢𐅣𐅤𐅥𐅦𐅧𐅨𐅩𐅪𐅫𐅬𐅭𐅮𐅯𐅰𐅱𐅲𐅳𐅴𐅵𐅶𐅷𐅸𐅹𐅺𐅻𐅼𐅽𐅾𐅿𐆀𐆁𐆂𐆃𐆄𐆅𐆆𐆇𐆈𐆉𐆊𐆋𐆌𐆍𐆎𐆏𐆐𐆑𐆒𐆓𐆔𐆕𐆖𐆗𐆘𐆙𐆚𐆛𐆜𐆝𐆞𐆟𐆠𐆡𐆢𐆣𐆤𐆥𐆦𐆧𐆨𐆩𐆪𐆫𐆬𐆭𐆮𐆯𐆰𐆱𐆲𐆳𐆴𐆵𐆶𐆷𐆸𐆹𐆺𐆻𐆼𐆽𐆾𐆿𐇀𐇁𐇂𐇃𐇄𐇅𐇆𐇇𐇈𐇉𐇊𐇋𐇌𐇍𐇎𐇏𐇐𐇑𐇒𐇓𐇔𐇕𐇖𐇗𐇘𐇙𐇚𐇛𐇜𐇝𐇞𐇟𐇠𐇡𐇢𐇣𐇤𐇥𐇦𐇧𐇨𐇩𐇪𐇫𐇬𐇭𐇮𐇯𐇰𐇱𐇲𐇳𐇴𐇵𐇶𐇷𐇸𐇹𐇺𐇻𐇼𐇽𐇾𐇿𐈀𐈁𐈂𐈃𐈄𐈅𐈆𐈇𐈈𐈉𐈊𐈋𐈌𐈍𐈎𐈏𐈐𐈑𐈒𐈓𐈔𐈕𐈖𐈗𐈘𐈙𐈚𐈛𐈜𐈝𐈞𐈟𐈠𐈡𐈢𐈣𐈤𐈥𐈦𐈧𐈨𐈩𐈪𐈫𐈬𐈭𐈮𐈯𐈰𐈱𐈲𐈳𐈴𐈵𐈶𐈷𐈸𐈹𐈺𐈻𐈼𐈽𐈾𐈿𐉀𐉁𐉂𐉃𐉄𐉅𐉆𐉇𐉈𐉉𐉊𐉋𐉌𐉍𐉎𐉏𐉐𐉑𐉒𐉓𐉔𐉕𐉖𐉗𐉘𐉙𐉚𐉛𐉜𐉝𐉞𐉟𐉠𐉡𐉢𐉣𐉤𐉥𐉦𐉧𐉨𐉩𐉪𐉫𐉬𐉭𐉮𐉯𐉰𐉱𐉲𐉳𐉴𐉵𐉶𐉷𐉸𐉹𐉺𐉻𐉼𐉽𐉾𐉿𐊀𐊁𐊂𐊃𐊄𐊅𐊆𐊇𐊈𐊉𐊊𐊋𐊌𐊍𐊎𐊏𐊐𐊑𐊒𐊓𐊔𐊕𐊖𐊗𐊘𐊙𐊚𐊛𐊜𐊝𐊞𐊟𐊠𐊡𐊢𐊣𐊤𐊥𐊦𐊧𐊨𐊩𐊪𐊫𐊬𐊭𐊮𐊯𐊰𐊱𐊲𐊳𐊴𐊵𐊶𐊷𐊸𐊹𐊺𐊻𐊼𐊽𐊾𐊿𐋀𐋁𐋂𐋃𐋄𐋅𐋆𐋇𐋈𐋉𐋊𐋋𐋌𐋍𐋎𐋏𐋐𐋑𐋒𐋓𐋔𐋕𐋖𐋗𐋘𐋙𐋚𐋛𐋜𐋝𐋞𐋟𐋠𐋡𐋢𐋣𐋤𐋥𐋦𐋧𐋨𐋩𐋪𐋫𐋬𐋭𐋮𐋯𐋰𐋱𐋲𐋳𐋴𐋵𐋶𐋷𐋸𐋹𐋺𐋻𐋼𐋽𐋾𐋿𐌀𐌁𐌂𐌃𐌄𐌅𐌆𐌇𐌈𐌉𐌊𐌋𐌌𐌍𐌎𐌏𐌐𐌑𐌒𐌓𐌔𐌕𐌖𐌗𐌘𐌙𐌚𐌛𐌜𐌝𐌞𐌟𐌠𐌡𐌢𐌣𐌤𐌥𐌦𐌧𐌨𐌩𐌪𐌫𐌬𐌭𐌮𐌯𐌰𐌱𐌲𐌳𐌴𐌵𐌶𐌷𐌸𐌹𐌺𐌻𐌼𐌽𐌾𐌿𐍀𐍁𐍂𐍃𐍄𐍅𐍆𐍇𐍈𐍉𐍊𐍋𐍌𐍍𐍎𐍏𐍐𐍑𐍒𐍓𐍔𐍕𐍖𐍗𐍘𐍙𐍚𐍛𐍜𐍝𐍞𐍟𐍠𐍡𐍢𐍣𐍤𐍥𐍦𐍧𐍨𐍩𐍪𐍫𐍬𐍭𐍮𐍯𐍰𐍱𐍲𐍳𐍴𐍵𐍶𐍷𐍸𐍹𐍺𐍻𐍼𐍽𐍾𐍿𐎀𐎁𐎂𐎃𐎄𐎅𐎆𐎇𐎈𐎉𐎊𐎋𐎌𐎍𐎎𐎏𐎐𐎑𐎒𐎓𐎔𐎕𐎖𐎗𐎘𐎙𐎚𐎛𐎜𐎝𐎞𐎟𐎠𐎡𐎢𐎣𐎤𐎥𐎦𐎧𐎨𐎩𐎪𐎫𐎬𐎭𐎮𐎯𐎰𐎱𐎲𐎳𐎴𐎵𐎶𐎷𐎸𐎹𐎺𐎻𐎼𐎽𐎾𐎿𐏀𐏁𐏂𐏃𐏄𐏅𐏆𐏇𐏈𐏉𐏊𐏋𐏌𐏍𐏎𐏏𐏐𐏑𐏒𐏓𐏔𐏕𐏖𐏗𐏘𐏙𐏚𐏛𐏜𐏝𐏞𐏟𐏠𐏡𐏢𐏣𐏤𐏥𐏦𐏧𐏨𐏩𐏪𐏫𐏬𐏭𐏮𐏯𐏰𐏱𐏲𐏳𐏴𐏵𐏶𐏷𐏸𐏹𐏺𐏻𐏼𐏽

Terjemahnya : Hai orang-orang yang beriman, apabila kamu bermu'amalah tidak secara tunai untuk waktu yang ditentukan, hendaklah kamu menuliskannya. dan hendaklah seorang penulis di antara kamu menuliskannya dengan benar. dan janganlah penulis enggan menuliskannya sebagaimana Allah mengajarkannya, maka hendaklah ia menulis, dan hendaklah orang yang berhutang itu mengimlakkan (apa yang akan ditulis itu), dan hendaklah ia bertakwa kepada Allah Tuhannya, dan janganlah ia mengurangi sedikitpun daripada hutangnya. jika yang berhutang itu orang yang lemah akalnya atau lemah (keadaannya) atau Dia sendiri tidak mampu mengimlakkan, Maka hendaklah walinya mengimlakkan dengan jujur. dan persaksikanlah dengan dua orang saksi dari orang-orang lelaki (di antaramu). jika tak ada dua orang lelaki, Maka (boleh) seorang lelaki dan dua orang perempuan dari saksi-saksi yang kamu ridhai, supaya jika seorang lupa Maka yang seorang mengingatkannya. janganlah saksi-saksi itu enggan (memberi keterangan) apabila mereka

dipanggil; dan janganlah kamu jemu menulis hutang itu, baik kecil maupun besar sampai batas waktu membayarnya. yang demikian itu, lebih adil di sisi Allah dan lebih menguatkan persaksian dan lebih dekat kepada tidak (menimbulkan) keraguanmu. (Tulislah mu'amalahmu itu), kecuali jika mu'amalah itu perdagangan tunai yang kamu jalankan di antara kamu, Maka tidak ada dosa bagi kamu, (jika) kamu tidak menulisnya. dan persaksikanlah apabila kamu berjual beli; dan janganlah penulis dan saksi saling sulit menyulitkan. jika kamu lakukan (yang demikian), Maka Sesungguhnya hal itu adalah suatu kefasikan pada dirimu. dan bertakwalah kepada Allah; Allah mengajarmu; dan Allah Maha mengetahui segala sesuatu.<sup>105</sup>

Akad nikah bukanlah muamalah biasa akan tetapi perjanjian yang sangat kuat, seperti disebutkan dalam al-Qur'an surat an-Nisa' ayat 21:



Terjemahnya : Bagaimana kamu akan mengambilnya kembali padahal sebagian kamu telah Bergaul (bercampur) dengan yang lain sebagai suami-isteri. dan mereka (isteri-isterimu) telah mengambil dari kamu Perjanjian yang kuat.<sup>106</sup>

Apabila akad hutang piutang atau hubungan kerja yang lain harus dicatatkan, mestinya akad nikah yang begitu luhur, agung, dan sakral lebih utama lagi untuk dicatatkan.

Administrasi negara adalah proses kerjasama dari seluruh aparatur negara berdasarkan garis-garis besar yang telah disepakati bersama untuk kepentingan dan tujuan negara. Permasalahan isbat nikah jika ditinjau dari aspek hukum administrasi negara maka akan berkaitan dengan kewenangan pencatatan dan pendaftaran perkawinan oleh pejabat administrasi atau tata usaha Negara.

Kewenangan secara umum merupakan lingkup kekuasaan yang dimiliki seseorang atau kelompok untuk memerintah, mengatur, dan

<sup>105</sup>Departemen Agama RI, *Alqur'an dan Terjemahnya*, Jakarta: Pustaka Internusa, 1998, h.

<sup>106</sup>*Ibid*,

menjalankan tugas di bidangnya masing-masing. Kewenangan merupakan unsur dari kekuasaan yang dimiliki seseorang. Dalam berkuasa biasanya seorang pemegang kuasa berwenang untuk menjalankan kekuasaannya sesuai dengan wewenang yang diberikan kepadanya.

Pilar utama negara hukum, yaitu asas legalitas, maka kewenangan dari pemerintah untuk melaksanakan tugasnya berasal dari peraturan perundang-undangan yang ada. Kewenangan tidaklah sama dengan kekuasaan, karena kekuasaan hanyalah menggambarkan hak untuk berbuat dan atau tidak berbuat, sedangkan kewenangan mengandung hak dan juga kewajiban. Kewajiban dari suatu kewenangan, ada kewenangan secara horizontal dan kewenangan secara vertikal, kewenangan secara horizontal berarti kekuasaan tersebut digunakan untuk menyelenggarakan pemerintah sebagaimana mestinya, sedangkan kewenangan secara vertikal berarti kekuasaan tersebut adalah untuk menjalankan pemerintahan dalam suatu tertib ikatan pemerintahan negara secara keseluruhan.<sup>107</sup>

Berdasarkan uraian diatas, dapat disimpulkan bahwa pengertian kewenangan adalah kekuasaan yang dilembagakan berdasarkan peraturan-peraturan dan diharapkan agar peraturan-peraturan tersebut dapat dipatuhi. Kewenangan tersebut merupakan suatu tindakan hukum dari pemerintah dan hanya dapat dilakukan oleh aparatur negara dengan tanggung jawab yang diemban sendiri. Perbuatan dari aparatur

---

<sup>107</sup> Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta: UII Press, 2002, h. 71-



pemerintahan yang dilakukan sesuai kewenangannya akan menimbulkan suatu akibat hukum di bidang hukum administrasi demi terciptanya pemeliharaan kepentingan negara dan rakyat. Hal ini sesuai dengan unsur dari tindakan hukum yang dilakukan berdasarkan kewenangan aparatur pemerintahan, yaitu:

- a. Perbuatan itu dilakukan oleh aparat pemerintah dalam kedudukannya sebagai penguasa maupun sebagai alat perlengkapan pemerintahan dengan prakarsa dan tanggung jawab sendiri.
- b. Perbuatan tersebut dilaksanakan dalam rangka menjalankan fungsi pemerintahan.
- c. Perbuatan tersebut dimaksudkan sebagai sarana untuk menimbulkan akibat hukum di bidang hukum administrasi.
- d. Perbuatan yang bersangkutan dilakukan dalam rangka pemeliharaan kepentingan negara dan rakyat.<sup>108</sup>

Tindakan hukum yang dilakukan oleh pemerintah dalam menjelaskan fungsi pemerintahannya dapat dibedakan dalam tindakan hukum publik dan tindakan hukum privat. Tindakan hukum publik berarti tindakan hukum yang dilakukan tersebut didasarkan pada hukum publik, sedangkan tindakan hukum privat adalah tindakan hukum yang didasarkan pada ketentuan hukum keperdataan. Tindakan hukum publik yang dilakukan oleh pemerintah dalam menjalankan fungsi pemerintahannya, dapat dibedakan dalam tindakan hukum publik yang bersifat sepihak dan tindakan banyak pihak.

Untuk dapat melakukan suatu tindakan hukum, pemerintah memerlukan instrumen pemerintah yang digunakan sebagai sarana untuk menjalankan tugas-tugas pemerintahan. Instrumen dari pemerintah terdiri dari bermacam-macam bentuk, yaitu Peraturan Perundang-Undangan,

---

<sup>108</sup> Muchsan, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Jakarta, 1988, h. 18-19



Ketetapan Tata Usaha Negara, Peraturan Kebijakan, perizinan dan lainnya. Semua instrumen ini haruslah digunakan oleh pemerintah dengan sebaik-baiknya agar pemerintah dapat mengatur kegiatan yang menjadi urusan pemerintahan dan kemasyarakatan dengan baik dan tidak menyimpang dari tugas pokok dan fungsi pemerintahan yang baik.

Terkait dengan alat bukti yang digunakan dalam isbat nikah berupa surat keterangan menikah yang dikeluarkan oleh Kepala Desa atau Lurah, jika dilihat dari kewenangan yang dimilikinya sebagaimana diatur pada Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Desa, jelas tidak ada wewenang dari Kepala Desa atau Lurah untuk membuat surat keterangan tersebut. Pada pasal 26 ayat 2 disebutkan bahwa Kepala Desa berwenang :

1. Memimpin penyelenggaraan Pemerintahan Desa.
2. Mengangkat dan memberhentikan perangkat Desa.
3. Memegang kekuasaan pengelolaan Keuangan dan Aset Desa.
4. Menetapkan Peraturan Desa.
5. Menetapkan Anggaran Pendapatan dan Belanja Desa.
6. Membina kehidupan masyarakat Desa.
7. Membina ketenteraman dan ketertiban masyarakat desa.
8. Membina dan meningkatkan perekonomian desa serta mengintegrasikannya agar mencapai perekonomian skala produktif untuk sebesar-besarnya kemakmuran masyarakat desa.
9. Mengembangkan sumber pendapatan desa.
10. Mengusulkan dan menerima pelimpahan sebagian kekayaan negara guna meningkatkan kesejahteraan masyarakat desa.
11. Mengembangkan kehidupan sosial budaya masyarakat desa.
12. Memanfaatkan teknologi tepat guna.
13. Mengoordinasikan pembangunan desa secara partisipatif.
14. Mewakili desa di dalam dan di luar pengadilan atau menunjuk kuasa hukum untuk mewakilinya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
15. Melaksanakan wewenang lain yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup>Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Desa

Terhadap alat bukti yang diajukan oleh para pemohon sebagaimana disebutkan diatas ( alat bukti berupa surat keterangan menikah dan kartu keluarga), menurut Peneliti telah terjadi pelanggaran terhadap tata administrasi Negara dan pelanggaran terhadap UU Nomor 24 tahun 2013 tentang administrasi kependudukan pasal 1 ayat 13 dan 23, pasal 8 ayat 2, pasal 50 ayat 2 dan pasal 58 ayat 2 dan UU No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan serta termasuk pula pelanggaran terhadap Kompilasi Hukum Islam pasal 5 ayat 1 dan 2, pasal 6 ayat 2 dan pasal 7 ayat 1 yang dijadikan dasar pelaksanaan isbat nikah. Pelanggaran terhadap alat bukti berupa surat keterangan menikah yang dikeluarkan oleh Kepala Desa atau Lurah karena Undang Undang Nomor 24 Tahun 2013 pasal 8 ayat 2 mengatur : Kewajiban sebagaimana dimaksud pada ayat 1 huruf (a) bahwa untuk pencatatan nikah, talak, cerai dan rujuk bagi penduduk yang beragama Islam dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah pada KUA Kecamatan.

Ketentuan tentang pencatatan perkawinan juga diatur pada Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 pasal 2 ayat 1 yang berbunyi bahwa pencatatan perkawinan dari mereka yang melangsungkan perkawinannya menurut agama Islam dilakukan oleh Pegawai Pencatat sebagaimana dimaksud dalam Undang Undang Nomor 32 Tahun 1954 tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk. Dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 5 ayat 1 diatur bahwa agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat dan pada ayat 2 disebutkan bahwa pencatatan perkawinan dilakukan oleh Pegawai

Pencatat Nikah sebagaimana diatur dalam Undang Undang Nomor 22 Tahun 1946 jo. Undang Undang Nomor 32 Tahun 1954. Selanjutnya pada pasal 7 ayat 1 Kompilasi Hukum Islam juga disebutkan bahwa perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan akta nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah.

Dari ketentuan diatas dapat dipahami bahwa yang berhak dan memiliki wewenang untuk melakukan pencatatan nikah dan mengeluarkan keterangan bahwa telah terjadi pernikahan ( berupa kutipan akta nikah atau buku nikah ) adalah PPN pada Kantor Urusan Agama Kecamatan. Bahkan dalam Undang Undang Nomor 22 Tahun 1946 pasal 3 ayat (1) mengatur bahwa barang siapa yang melakukan akad nikah atau nikah dengan seorang perempuan tidak dibawah pengawasan pegawai yang dimaksudkan pada pasal 1 ayat 2 atau wakilnya, dihukum denda sebanyak-banyaknya Rp. 50,- (Lima puluh rupiah). Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 pasal 45 ayat 1 huruf (a) juga menentukan bahwa barang siapa yang melanggar ketentuan yang diatur dalam pasal 3 dan pasal 10 ayat 3 Peraturan Pemerintah ini dihukum dengan hukuman denda setinggi-tingginya Rp. 7. 500,- (Tujuh ribu lima ratus rupiah).

Kemudian, alat bukti berupa Kartu Keluarga, pasal 1 ayat 13 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2013 menentukan bahwa: “ Kartu Keluarga selanjutnya disingkat KK adalah kartu identitas keluarga yang memuat data tentang nama, susunan dan hubungan dalam keluarga serta identitas anggota keluarga. Berikutnya dalam pasal 58 ayat 2 huruf v, w

dan x disebutkan bahwa data perseorangan meliputi; v. kepemilikan akta perkawinan/buku nikah; w. nomor akta perkawinan/buku nikah; x. tanggal perkawinan. Jika dalam Kartu Keluarga mencantumkan anak, maka pada pasal 50 ayat 2 ditentukan bahwa: Pengesahan anak hanya berlaku bagi anak yang orang tuanya telah melakukan perkawinan sah menurut hukum agama dan hukum Negara.

Logika sederhananya, bagaimana mungkin pasangan yang melakukan pernikahan tidak resmi atau bawah tangan dapat memiliki kartu keluarga padahal salah satu syarat untuk membuat kartu keluarga adalah kepemilikan akta perkawinan atau buku nikah.

#### **b. Alat Bukti Dalam Pelaksanaan Isbat Nikah Ditinjau dari Aspek Teori Pembuktian**

Pembuktian merupakan hal terpenting dalam hukum acara baik perdata maupun pidana, karena pengadilan dalam menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan pembuktian. Terjadinya suatu peristiwa hukum (termasuk pernikahan atau perkawinan) hanya dapat dibenarkan melalui pembuktian. Hukum pembuktian termasuk dari bagian hukum acara sedangkan Peradilan Agama mempergunakan hukum acara yang berlaku bagi Peradilan Umum.

Hukum pembuktian ( *law of Evidence* ) berkaitan dengan kemampuan merekonstruksi kejadian atau peristiwa masa lalu (*past Event*) sebagai suatu kebenaran (*truth*). R. Subekti mengatakan bahwa yang dimaksud dengan pembuktian adalah suatu daya upaya para pihak yang berperkara untuk meyakinkan hakim tentang kebenaran dalil-dalil yang dikemukakannya didalam suatu perkara yang sedang dipersengketakan di

muka pengadilan, atau yang diperiksa oleh hakim. Dalam pengertian lain pembuktian adalah upaya para pihak yang berperkara untuk meyakinkan hakim akan kebenaran peristiwa atau kejadian yang diajukan oleh para pihak yang bersengketa dengan alat-alat bukti yang telah ditetapkan Undang-Undang.<sup>110</sup>

Karena pernikahan atau perkawinan berkaitan dengan hukum acara perdata, maka alat buktinya pun menyesuaikan dengan ketentuan hukum perdata. Alat bukti dalam hukum acara perdata tertuang dalam Pasal 164 HIR, Pasal 284 RBg, dan Pasal 1866 KUH Perdata yaitu alat bukti surat (tertulis), alat bukti saksi, persangkaan (dugaan), pengakuan dan sumpah.<sup>111</sup>

Setiap alat bukti yang diajukan di persidangan, sah bernilai sebagai alat bukti yang mempunyai nilai kekuatan pembuktian harus mencapai batas minimal. Jika tidak, alat bukti tersebut dikesampingkan dalam penilaian pembuktian. Batas minimal secara teknis dan populer dapat diartikan sebagai suatu jumlah alat bukti yang sah yang paling sedikit harus terpenuhi, agar alat bukti itu mempunyai nilai kekuatan pembuktian untuk mendukung kebenaran yang didalilkan atau dikemukakan.

Adapun patokan menentukan batas minimal pembuktian adalah patokan yang didasarkan kualitas tidak kuantitas. Menurut hukum, alat bukti yang berkualitas dan sah sebagai alat bukti adalah alat bukti yang

---

<sup>110</sup>H. Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, Jakarta: Pranada Media Group, 20016, h. 239

<sup>111</sup>Sophia Hadyanto, *Kitab Undang-Unndang Hukum Perdata*, Jakarta: Soft Media, 2011, h. 373



memenuhi syarat formil dan materiil. Untuk mengetahui syarat formil dan syarat materiil apa yang melekat pada suatu alat bukti harus merujuk kepada ketentuan Undang-Undang yang berkenaan dengan alat bukti yang bersangkutan karena syarat formil dan materiil yang melekat pada setiap alat bukti tidak sama, misalnya tidak sama syarat formil dan materiil alat bukti saksi dengan akta.

Alat bukti yang diajukan oleh para pemohon isbat nikah ( Berupa surat keterangan menikah dan kartu keluarga), jelas tidak memenuhi syarat formil dan syarat materiil sebagai alat bukti, karena keberadaan keduanya (alat bukti) merupakan pelanggaran hukum yaitu pelanggaran terhadap Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2013 tentang Administrasi Kependudukan. Dari aspek ini pembuktian bahwa telah terjadi pernikahan dapat menggunakan alat bukti pengakuan, alat bukti saksi dan sumpah.

**c. Alat Bukti Dalam Isbat Nikah Ditinjau dari Aspek Teori Pembuktian Dalam Hukum Islam**

Pembuktian berkaitan erat dengan alat bukti. Pembuktian dalam bahasa Arab disebut dengan *albayyinah* yang artinya suatu yang menjelaskan. Menurut Ibnu Qayyim Jauziyah seorang tokoh fikih Mazhab Hanbali, *albayyinah* mengandung pengertian ...” segala sesuatu yang dapat digunakan untuk menjelaskan yang hak (benar) didepan majelis hakim, baik berupa keterangan, saksi dan berbagai indikasi yang dapat dijadikan pedoman oleh majelis hakim untuk mengembalikan hak kepada pemiliknya. Adapun alat bukti dalam ilmu fiqh disebut juga *at-turuq al itsbat*. Tengku Muhammad Hasbi Ash-shiddiqiey menyebutkan ada tujuh



alat bukti dalam Islam yaitu : Iqrar (pengakuan), syahadah (kesaksian), Yamin (sumpah), nukul (meolak sumpah), qasamah, keyakinan hakim dan bukti-bukti lainnya yang dapat digunakan.<sup>112</sup> Menurut Peneliti, dari tujuh alat bukti dalam Islam tersebut, terkait dengan alat bukti isbat nikah dapat disederhanakan menjadi tiga yaitu: *Iqrar* (pengakuan), *syahadah* (kesaksian), *yamin*, (sumpah). Ketiga alat bukti tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut :

#### 1. *Iqrār (Pengakuan)*

Secara bahasa *iqrār* adalah pengakuan. Sayyid Sabiq mengatakan bahwa pengakuan adalah dalil yang paling kuat untuk membuktikan dakwaan pendakwa. Karena itu para ulama mengatakan bahwa pengakuan adalah sayyidu al adillah (pemimpin dalil-dalil).<sup>113</sup> Menurut Tengku Hasbi Ash-Shiddieqy, walaupun pengakuan dipandang sebagai hujjah yang paling kuat, namun terbatas mengenai diri si pemberi pengakuan saja, tidak dapat mengenai diri orang lain.<sup>114</sup>

#### 2. *Syahādah (Kesaksian)*

Istilah kesaksian merujuk pada kata *syahādah* yang diambil dari timbangan kata *Syahida-yasyhadu-syahdan-syahādatan* yang berarti menyampaikan sesuatu yang sesuai yang ia ketahui melalui kesaksian; memberikan kabar yang pasti (akurat dan kredibel); menyaksikan

<sup>112</sup>Tengku Muhammad Hasbi Ash-Shiddieqy, *Peradilan dan Hukum Acara Islam*, Semarang: Pustaka Rizki Putra, 1997, h. 136.

<sup>113</sup>Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah Jilid 5*, Bandung: Alma'arif, 1980, h. 356.

<sup>114</sup>Tengku Muhammad Hasbi Ash-Shiddieqy, *Peradilan dan...*, h. 138.

dengan mata kepala sendiri.<sup>115</sup> Artinya kesaksian adalah menyampaikan suatu peristiwa yang disaksikan oleh dirinya sendiri.

Agar kesaksian dapat diterima, Ibnu Rusyd mensyaratkan saksi harus:

- a. Adil yakni menepati kewajiban syara' dan anjurannya dengan menjauhi perkara-perkara yang haram dan makruh.
- b. Dewasa
- c. Islam
- d. Merdeka
- e. Tidak diragukan niat baiknya.<sup>116</sup>

Saksi merupakan alat bukti paling dominan. Pada masa Nabi Muhammad SAW misalnya, saksi telah lazim digunakan sebagai alat bukti perkawinan. Ketika Nabi menikah dengan Khadijah disaksikan oleh beberapa orang saksi sebagaimana disebutkan oleh Al Amid Al Husain dalam bukunya bahwa..." Abu Thalib hadir mengantar putera asuhannya Muhammad SAW dan sekaligus menjadi salah seorang saksi dalam pernikahan tersebut.<sup>117</sup> Moenawar Chalil merinci yang menjadi saksi perkawinan Muhammad dan Khadijah adalah dari keluarga Muhammad adalah Abu Thalib dan Hamzah, dari keluarga Khadijah adalah Amr Ibnul Asad dan Waraqah bin Naufal.<sup>118</sup> Selain itu pemuka Quraisy juga hadir dalam perkawinan tersebut.<sup>119</sup>

### 3. *Yāmin (Sumpah)*

<sup>115</sup> Ibnu Elmi AS. Pelu dan Abdul Helim, *Konsep Kesaksian Hukum Acara Perdata di Peradilan Agama Islam*, Malang: Setara Press, 2015, h. 7.

<sup>116</sup> Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*, Alih Bahasa MA. Abdurrahman, Semarang: Asyyifa, 1990, h. 684.

<sup>117</sup> Al Hamid Al Husaini, *Membangun Peradaban : sejarah Nabi Muhammad Saw Sejak Sebelum Diutus Menjadi Rasul*, Bandung: Pustaka Hidayah, 2000, h. 227.

<sup>118</sup> Moenawar Chalil, *Kelengkapan Tarikh Nabi Muhammad SAW 1*, Jakarta: Gema Insani Press, 2002, h. 89.

<sup>119</sup> M. Quraish Shihab, *Kelengkapan Tarikh Nabi Muhammad SAW 1 Dalam Sorotan Alqur'an dan Hadits-Hadits Shahih*, Jakarta: Lentera Hati, 2011, h. 284.

Menurut Imam Syafi'i apabila seseorang mengklaim telah menikahi seorang wanita, maka saya tidak menerima dakwaannya hingga ia mengatakan " Aku telah menikahinya dan dihadiri oleh wali serta dua orang saksi yang adil dan atas keridhaan si wanita ". Jika laki-laki itu mengatakan hal ini lalu si wanita mengingkarinya, maka saya menyuruh wanita itu bersumpah. Bila wanita itu bersumpah, maka saya tidak akan memenangkan dakwaan si laki-laki. Tapi bila si wanita menolak bersumpah, maka saya tidak akan pula memenangkan dakwaan si laki-laki hanya karena penolakan si wanita untuk bersumpah hingga laki-laki itu sendiri mau bersumpah mendukung klaimnya. Apabila ia mau bersumpah, maka saya akan menjatuhkan vonis bahwa wanita tersebut adalah isterinya.<sup>120</sup>

**d. Alat Bukti Dalam Isbat Nikah Ditinjau dari Aspek *Critical Legal Studies***

*Critical Legal Studies* yang menganggap hukum tidak terpisah dari politik barang tentu juga menampung gerakan pluralisme hukum. Sebab gerakan pluralisme hukum memungkinkan berbagai norma dan aturan yang secara "tradisional" tidak dikategorikan sebagai "hukum negara" ambil bagian dalam penyelesaian kasus. Bahkan berbagai norma dan aturan non-hukum tersebut turut mengubah "norma hukum".

Regulasi mengenai isbat nikah yang diatur melalui Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam dan Undang-Undang perkawinan yang hanya menyebutkan

---

<sup>120</sup>Imam Syafi'i, *Ringkasan Kitab Al Umm jilid 2*, Alih Bahasa Imron Rosyadi dkk, Jakarta: Pustaka Azzam, 2008, h. 862

bahwa isbat nikah dilakukan terhadap perkawinan yang terjadi sebelum UU Nomor 1 Tahun 1974. Kedua peraturan ini seolah satu sama lain saling bertolak belakang terutama jika ditinjau dari sudut kedudukan KHI dengan Undang-Undang dalam tata urutan perundang-undangan.

Dari sudut lingkup makna *the ideal law*, kehadiran Kompilasi Hukum Islam merupakan rangkaian sejarah hukum nasional yang dapat mengungkapkan ragam makna kehidupan masyarakat Islam Indonesia, terutama tentang (1) adanya norma hukum yang hidup dan ikut serta bahkan mengatur interaksi sosial, (2) aktualnya dimensi normatif akibat terjadinya eksplanasi fungsional ajaran Islam yang mendorong terpenuhinya tuntutan kebutuhan hukum, (3) responsi struktural yang dini melahirkan rangsangan KHI, dan (4) alim ulama Indonesia mengantisipasi ketiga hal di atas dengan kesepakatan bahwa KHI adalah rumusan tertulis hukum Islam yang hidup seiring dengan kondisi hukum dan masyarakat Indonesia. KHI hadir dalam hukum Indonesia melalui instrumen hukum Instruksi Presiden (Inpres) Nomor 1 Tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991, dan diantisipasi secara organik oleh Keputusan Menteri Agama Nomor 154 Tahun 1991 tanggal 22 Juli 1991.

Terpilihnya Inpres sebagai “baju” Kompilasi Hukum Islam menunjukkan fenomena tata hukum yang dilematis, pada satu segi pengalaman legislasi nasional Indonesia menempatkan Inpres sebagai bagian hukum yang mampu mandiri dan berlaku efektif disamping instrumen hukum lainnya. Oleh karena itu, ia memiliki daya atur dan daya

ikat dalam hukum positif. Tetapi di sisi lain, Inpres sebagai alat legitimasi hukum tidak dikenal dalam tata urutan hukum Indonesia.

Berkenaan dengan isbat nikah, sebelum membahasnya dari aspek *Critical Legal Studies* maka pembahasan diawali dengan aturan mengenai pencatatan perkawinan termuat dalam berbagai peraturan tentang hukum perkawinan nasional. Baik pada level Undang-undang, Peraturan Pemerintah, maupun peraturan organik di bawahnya seperti Peraturan Menteri Agama Republik Indonesia. Pada level undang-undang, aturan hukum mengenai pencatatan perkawinan ini termuat dalam Pasal 2, 3, 4 dan 7 UU Nomor 22 Tahun 1946 tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk. Kemudian pada Pasal 2 ayat (2) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, pasal 2 sampai dengan 9 PP Nomor 9 tahun 1975 dan Peraturan Menteri Agama nomor 19 tahun 2019.

Inti dari isi peraturan mengenai perkawinan, khususnya tentang pencatatan yang disebutkan di atas ada dua. Pertama setiap warga Negara yang melaksanakan perkawinan telah sesuai dengan tuntutan dan tuntunan peraturan perundang-undangan tentang perkawinan berhak mendapatkan kutipan akta nikah (buku nikah). Kedua, Negara melalui pejabat pencatat nikah berdasarkan perintah undang-undang berkewajiban mencatat dan mengeluarkan kemudian memberikan kutipan akta nikah bagi setiap warga negara yang melaksanakan perkawinan yang telah memenuhi tuntutan dan tuntunan peraturan perundang-undangan tentang perkawinan.

Pembahasan berikutnya tentang urgensi pencatatan perkawinan. Pembahasan ini dapat dimulai dari pertanyaan apa sebenarnya urgensi

dari pencatatan perkawinan itu ? Menurut Yahya Harahap, kedudukan hukum pencatatan terhadap perkawinan menurut hukum (dalam pandangannya sebagai ahli hukum) hanya merupakan tindakan administratif saja. Beliau berargumen dengan menghubungkan antara isi Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan dengan Penjelasannya yang termuat dalam huruf 4 poin b yang berbunyi: Suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu; dan disamping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.<sup>121</sup> Lebih lanjut kemudian disebut lagi: Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akta yang juga dimuat dalam daftar pencatatan.

Meneliti ketentuan Pasal 2 ayat (2) dihubungkan dengan Penjelasan Undang-Undang tentang perkawinan tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa setiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku dan pencatatan itu tiada lain merupakan akta resmi yang dapat dipergunakan sebagai bukti otentik tentang adanya perkawinan.

Dengan paparan seperti di atas, maka sekalipun pencatatan bukan unsur yang menentukan keabsahan suatu perkawinan namun pencatatan tersebut merupakan keharusan, dan proses pencatatannya harus sesuai

---

<sup>121</sup>M. Yahya Harahap, *Hukum Perkawinan Nasional*, Medan: Zahir T & Co, 1975, h. 15.



menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Suatu perkawinan yang tidak tercatat, berarti perkawinan tersebut tidak resmi dan tidak memiliki kutipan akta nikah. Perkawinan seperti ini sering disebut dengan perkawinan di bawah tangan. Artinya tata cara upacara perkawinannya sesuai aturan hukum agama, namun tidak dilaksanakan di hadapan dan dalam pengawasan pejabat pencatat nikah. Akibat dari tidak resminya perkawinan tersebut, tidak dimilikinya kutipan akta nikah, dan disebut dengan nikah di bawah tangan, kedudukannya tidak diakui atau tidak berkekuatan hukum.

Urgensi daripada pencatatan suatu perkawinan bagi warga negara Indonesia pada umumnya dan pasangan suami isteri muslim di Indonesia khususnya, adalah terletak pada agar berkekuatan hukum. Bukan terletak pada bagaimana supaya perkawinan itu sah. Sebab mengenai hal sah tidak sahnya suatu perkawinan menurut tinjauan dari sisi peraturan perundang-undangan, diukur pada tatacara yang dilaksanakan apakah sesuai atau tidak sesuai dengan hukum agama. Jika terpenuhi rukun dan syarat nikah, maka perkawinan (nikah) itu sah. Jika tidak terpenuhi rukun dan syarat nikah, maka perkawinan itu tidak sah.

Kemudian jika pencatatan perkawinan itu berkaitan dengan pemenuhan hak-hak isteri dan anak terutama soal pembagian warisan, pengakuan status anak, untuk pengurusan perceraian dan sebagainya, lalu pencatatan merupakan suatu tindakan yang harus dilakukan, maka pencatatan perkawinan itu kemudian berkedudukan hukum menjadi hak warga negara, hak setiap pasangan yang melangsungkan pernikahan. Jika

pencatatan perkawinan menjadi hak setiap warga, apalagi mungkin bisa masuk dalam ranah hak asasi manusia, maka ada kalanya negara berkewajiban memenuhi hak-hak warganya, terutama jika telah memenuhi unsur yang dikehendaki oleh aturan hukum yang dibuat oleh negara.

Berdasarkan uraian di atas, dapat ditarik benang merah bahwa hakikat isbat nikah ialah penetapan telah terjadinya perkawinan dan bukan pengesahan suatu perkawinan. Arti dari pengesahan dan penetapan memiliki konsekuensi hukum yang berbeda. Mengartikan Isbat nikah dengan penetapan menunjukkan bahwa proses Isbat nikah semata-mata dilakukan berfungsi administratif. Sebab perkawinan yang sudah dilakukan pada hakikatnya telah memenuhi syarat dan rukun perkawinan sehingga tidak berdampak pada status anak dan harta. Isbat nikah juga hakikatnya adalah diskresi hukum.

Penggunaan diskresi dalam sebuah peraturan perundangan termasuk isbat nikah sangat dimungkinkan asal tidak bertentangan dengan tujuan diskresi itu sendiri. Salah satu tujuan diskresi tersebut untuk mengisi kekosongan hukum. Terkait dengan hal itu, masyarakat yang memerlukan penetapan nikah dengan terbukti tidak melakukan penyelundupan hukum maka dapat dikabulkan oleh majelis hakim karena demi terciptanya kepastian hukum.

Kedudukan isbat nikah dalam peraturan perundang-undangan perkawinan memberi dasar adanya kepastian hukum bagi perkawinan yang tidak dicatat. Perkawinan yang tidak dicatat mesti dilakukan

penetapan secara administratif melalui lembaga isbat nikah. Demikian pula kedudukan isbat nikah yang dilaksanakan setelah Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 menjadi absah secara hukum dengan catatan bahwa pemeriksaan perkara isbat nikah tersebut dilakukan dengan penuh kehati-hatian dan tanpa adanya penyelundupan hukum dan perkara isbat yang diajukan antara para pihak tidak terdapat halangan hukum.

Penggunaan Kompilasi Hukum Islam sebagai dasar hukum yang merinci pelaksanaan isbat nikah dapat dipandang mengisi kekosongan hukum. Kompilasi Hukum Islam yang berbaju Inpres, keberadaannya tidak dapat dijadikan sebagai hukum positif tertulis yang mengikat dan memaksa seluruh warga negara sebagaimana halnya Undang-Undang. Penafsiran dalam pasal-pasal yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam dihubungkan dengan peraturan perundang-undangan mengenai isbat nikah sepenuhnya menjadi wewenang hakim, karena isbat nikah ditempatkan sebagai diskresi hukum. Penafsiran terhadap sejumlah pasal-pasal dalam Kompilasi Hukum Islam dengan peraturan perundang-undangan mengenai alasan suatu perkawinan diisbatkan sepenuhnya menjadi wewenang hakim. Demikian pula, apakah perkara tersebut ditolak atau dikabulkan, hanya hakimlah yang mampu menilainya, bahkan sekalipun ia melakukan *contra legem* dalam putusannya.

Hakim dalam memeriksa dan memutus suatu perkara dengan mengedepankan:

- Asas *ius curia novit* yakni hakim dianggap mengetahui hukum sesuatu dan asas kebebasan hakim untuk menemukan hukumnya terhadap

masalah atau kasus yang tidak terdapat peraturan hukumnya (*rechtsvacuum*).

- Pertimbangan sosiologis yang mendorong hakim menganalisis suatu kasus dengan pendekatan sosiologi hukum dan melakukan penafsiran sosiologis terhadap peraturan lain yang ada hubungannya dengan masalah yang dihadapi supaya hukum tidak stagnan, melainkan berkembang mengikuti perkembangan masyarakat atau sesuai dengan hukum yang hidup dan berkembang (*living law*) di masyarakat. Atau disebut dengan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

**e. Alat Bukti Dalam Pelaksanaan Isbat Nikah Ditinjau dari Aspek Teori *Hifdzun Nasl***

Pencatatan perkawinan selain substansinya untuk mewujudkan ketertiban hukum juga mempunyai manfaat preventif, seperti supaya tidak terjadi penyimpangan rukun dan syarat perkawinan, baik menurut ketentuan agama maupun peraturan perundang-undangan. Tidak terjadi perkawinan antara laki-laki dan perempuan yang antara keduanya dilarang melakukan akad nikah. Menghindarkan terjadinya pemalsuan identitas para pihak yang akan kawin, seperti laki-laki yang mengaku jejak tetapi sebenarnya dia mempunyai isteri dan anak. Tindakan preventif ini dalam peraturan perundangan direalisasikan dalam bentuk penelitian persyaratan perkawinan oleh Pegawai Pencatat, seperti yang diatur dalam Pasal 6 PP Nomor 9 Tahun 1975.

Dengan demikian mencatatkan perkawinan mengandung manfaat atau kemaslahatan, kebaikan yang besar dalam kehidupan masyarakat. Sebaliknya apabila perkawinan tidak diatur secara jelas melalui peraturan

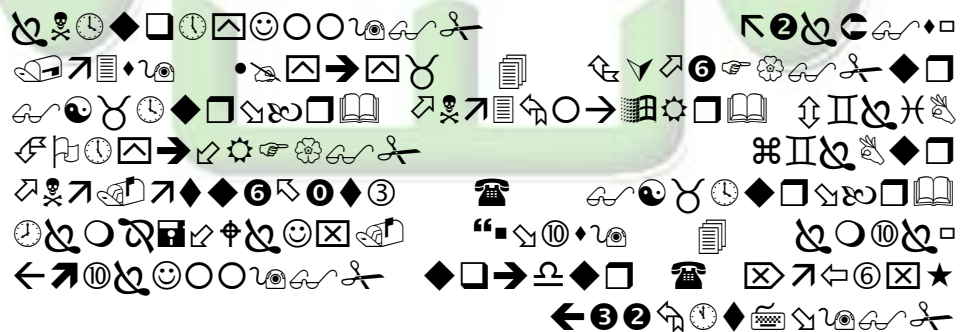
perundangan dan tidak dicatatkan akan digunakan oleh pihak-pihak yang melakukan perkawinan hanya untuk kepentingan pribadi dan merugikan pihak lain terutama isteri dan anak-anak.

Agama telah mensyariatkan perkawinan. Salah satu tujuannya adalah untuk melahirkan keturunan sebagaimana disebutkan dalam Alqur'an surah Annisa ayat 1 :



Terjemahnya : Hai sekalian manusia, bertakwalah kepada Tuhan-mu yang telah menciptakan kamu dari seorang diri, dan dari padanya Allah menciptakan isterinya; dan dari pada keduanya Allah memperkembang biakkan laki-laki dan perempuan yang banyak. dan bertakwalah kepada Allah yang dengan (mempergunakan) nama-Nya kamu saling meminta satu sama lain, dan (peliharalah) hubungan silaturrahi. Sesungguhnya Allah selalu menjaga dan mengawasi kamu. (QS. Annisa, [2]: 1)<sup>122</sup>

Dalam surah Asyyu'ara ayat 11 juga disebutkan :



Terjemahnya : (Dia) Pencipta langit dan bumi. Dia menjadikan bagi kamu dari jenis kamu sendiri pasangan-pasangan dan dari jenis binatang ternak pasangan-pasangan (pula), dijadikan-Nya kamu berkembang biak

<sup>122</sup>Departemen Agama, *Alqur'an dan Terjemahnya*, Jakarta: PT. Intermasa, 1992, h. 114



dengan jalan itu. tidak ada sesuatupun yang serupa dengan Dia, dan Dia-lah yang Maha mendengar dan melihat.(QS. Asysyu'ara,[42]: 11)<sup>123</sup>

Salah satu tujuan pernikahan adalah untuk melahirkan generasi atau keturunan (reproduksi).<sup>124</sup> Adanya pernikahan yang tidak dicatatkan, dalam bentuk dan konstruksi apapun, merupakan hambatan dan mengandung resiko bagi pengakuan dan pemenuhan hak-hak anak dalam hukum keluarga. Walaupun secara biologis anak yang dilahirkan berasal dari proses reproduksi pertemuan antara spermatozoa si ayah dan telur ibunya, apakah itu dengan hubungan seksual (coitus) atau cara lain sesuai teknologi.

Pernikahan yang tidak dicatatkan, berdampak pada hubungan perdata, pengakuan nasab atau garis keturunan (formal), hak mewaris, pemeliharaan dan biaya hidup, bahkan kasih sayang dan tanggungjawab orangtuanya untuk tumbuh dan kembang anak. Apalagi anak dalam periode evolusi kapasitas yang membutuhkan peran ganda orang tua menjaga keturunannya.

Menjaga keturunan termasuk hak insani yang dikenal sebagai bagian dari hak asasi dalam Islam, Konsep hak-hak insani, yang dikenal umum sebagai HAM. Al Ghazali menyebutkan ada 5 (lima) hak-hak dasar universal, yaitu (1) berhubungan dengan perlindungan jiwa dan tubuh (*Hifdz an-Nafs*); (2) berhubungan dengan perlindungan akal (*Hifdz al-Aql*); (3) perlindungan atas agama/keyakinan (*Hifdz ad-Din*); (4)

---

<sup>123</sup> *Ibid*, h. 784.

<sup>124</sup> Khairudin Nasution, *Hukum Perdata (Keluarga) Islam Indonesia dan Perbandingan Hukum di Dunia Muslim: Studi Sejarah, Metode Pembaharuan dan Materi dan Status Perempuan*, Yogyakarta: Acedemia, 2009, h. 223.



perlindungan atas harta benda (*Hifdz al-Mal*); (5) perlindungan atas kehormatan dan keturunan (*Hifdz al-Irdl wa al-Nasl*).

Sesuai dengan pembahasan sebelumnya bahwa isbat nikah hanya dimungkinkan bagi perkawinan yang tidak ada bukti dicatatkan oleh lembaga berwenang yang memenuhi peraturan syara', tentunya isbat nikah yang dilaksanakan akan memberikan kepastian hukum terhadap status anak yang dilahirkan dalam perkawinan tersebut. Kepastian hukum tentang status anak di antaranya dapat dilihat dari peraturan berikut ini:

- a. Undang-undang Dasar Negara RI Tahun 1945, pada Pasal 28-B ayat (1), yaitu: "Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah";
- b. Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan pada Pasal 42, yaitu : "Anak sah adalah anak yang lahir dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah";
- c. Pasal 2 ayat (1), yaitu : "Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu";
- d. Pasal 2 ayat (2), yaitu : "Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku ";
- e. Pasal 99 KHI, Anak yang sah adalah: a. anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah;
- f. Hasil perbuatan suami isteri yang sah di luar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.

Dilihat dari alasan pengajuan isbat nikah, salah satu alasan para pemohon mengajukan permohonan isbat nikah ke Pengadilan Agama

adalah dalam rangka untuk mendapatkan kepastian hukum perkawinannya, ini juga berarti bahwa mereka ingin memperjelas status anak-anaknya yang lahir dari perkawinan yang tidak tercatat atau tidak dicatatkan pada Pegawai Pencatat Nikah Kantor Urusan Agama Kecamatan. Anak-anak yang lahir dari perkawinan yang tidak tercatat atau dicatatkan, pada Akta Kelahiran yang dikeluarkan oleh Kantor Catatan Sipil hanya akan mencantumkan nama ibunya sama dengan Akta Kelahiran anak-anak yang lahir di luar nikah.

Konsekuensi hukumnya, kalau anak perempuan ayahnya tidak dapat menjadi wali nikah apabila akan menikah karena mereka hanya dinisbahkan kepada ibunya dan/atau keluarga ibunya, sehingga secara yuridis mereka hanya akan menjadi ahli waris dan mewarisi harta peninggalan ibunya apabila ibunya telah meninggal dunia, sedangkan kepada ayahnya sulit untuk menjadi ahli waris dan mewarisi harta ayahnya karena secara yuridis tidak ada bukti otentik bahwa ia anak ayahnya. Terlebih lagi apabila ayahnya memiliki anak lain dari isteri yang dikawini atau dinikahi secara sah dan dicatatkan pada Pegawai Pencatat Nikah. Penetapan isbat nikah oleh Pengadilan Agama antara lain bertujuan untuk memberikan perlindungan terhadap anak-anak yang lahir dari perkawinan yang tidak tercatat atau dicatatkan.

Undang-Undang Perkawinan (UU No. 1 Tahun 1974) menyebutkan aturan hukum perlindungan anak dalam Pasal 41, 42, 45, 47, 48, dan 49, antara lain berupa status - hubungan hukum, pendidikan dan perawatan, pemeliharaan dan tindakan hukum, dan pemeliharaan hak

dan harta bendanya. Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) perlindungan anak disebutkan dalam Pasal-pasal 98, 99, 104, 105, dan 106. Dan upaya mempertegas dalam memberikan perlindungan anak, negara telah melakukannya secara hukum melalui Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Sehubungan dengan keharusan memberikan perlindungan kepada anak, Pasal 20 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menyebutkan, “Negara, pemerintah, masyarakat, keluarga, dan orang tua berkewajiban dan bertanggung jawab terhadap penyelenggaraan perlindungan anak”. Di antara organ atau komponen yang berkewajiban dan bertanggung jawab terhadap penyelenggaraan perlindungan anak sebagaimana tersebut di atas, adalah negara dan pemerintah. Kewajiban negara dan pemerintah dalam penyelenggaraan perlindungan anak, Pasal 21 Undang-Undang Nomor 123 Tahun 2002 dinyatakan, “Negara dan pemerintah berkewajiban dan bertanggung jawab menghormati dan menjamin hak asasi setiap anak tanpa membedakan suku, agama, ras, golongan, jenis kelamin, etnik, budaya dan bahasa, status hukum anak, urutan kelahiran, dan kondisi fisik dan atau mental”.

Isbat nikah oleh Pengadilan Agama oleh para pemohon digunakan sebagai alas hukum untuk mencatatkan perkawinannya pada Pegawai Pencatat Nikah Kantor Urusan Agama Kecamatan, dan Kantor Urusan Agama Kecamatan akan mengeluarkan Kutipan Akta Nikah sebagai bukti otentik bahwa suatu perkawinan telah tercatat.

Pada sisi ini, Pengadilan Agama dengan isbat nikah mempunyai andil dan kontribusi yang sangat besar dan penting dalam upaya memberikan rasa keadilan dan kepastian serta perlindungan hukum bagi masyarakat. Mereka yang selama ini tidak memiliki Kartu Keluarga karena tidak mempunyai Buku Nikah, setelah adanya penetapan isbat nikah oleh Pengadilan Agama mereka akan mudah mengurus Kartu Keluarga dan Akta Kelahiran anak-anaknya.

Ketentuan pencatatan perkawinan sebagaimana diatur dalam Pasal 2 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan bertujuan agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam (Pasal 5 Ayat (2) Kompilasi Hukum Islam) dan untuk menjamin ketertiban hukum (legal order) sebagai instrumen kepastian hukum, kemudahan hukum, di samping sebagai bukti otentik adanya perkawinan. Karenanya perkawinan harus dicatatkan oleh petugas yang diberi wewenang untuk mencatatnya. Ditinjau dari sisi ini surat keterangan menikah yang dibuat oleh Kades atau Lurah dan kartu keluarga yang dikeluarkan oleh Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil tidak dapat dijadikan bukti telah dilangsungkannya perkawinan karena proses dan prosedur pencatatan perkawinan telah diatur dengan jelas oleh Undang-Undang dan peraturan pendukung lainnya. Pada sisi lain, pencatatan perkawinan yang dilakukan oleh bukan orang yang berwenang dikhawatirkan akan terjadi penyelundupan hukum dan pernikahannya tidak sah, dan ini dapat berakibat tidak terjaganya hubungan nasab.

Pencatatan perkawinan juga merupakan salah satu bentuk intervensi pemerintah atau negara untuk melindungi dan menjamin terpenuhinya hak-hak sosial setiap warga negara, khususnya pasangan suami istri, serta anak-anak yang lahir dari perkawinan itu. Karenanya perkawinan harus dicatat oleh petugas yang diberi wewenang

Dengan terpenuhinya hak-hak sosial itu, maka akan melahirkan tertib sosial dan tercipta keserasian dan keselarasan hidup bermasyarakat. Berkaitan dengan itu, pencatatan perkawinan sebagaimana diatur dalam Pasal 2 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, merupakan salah satu produk politik sosial sebagai deposit politik sosial modern. Oleh karena itu, pasangan suami istri yang telah melakukan perkawinan menurut hukum agama (Islam), tetapi tidak tercatat atau dicatatkan, cukup dilakukan pencatatan pada Pegawai Pencatat Nikah Kantor Urusan Agama dengan terlebih dahulu mengajukan permohonan isbat nikah ke Pengadilan Agama, tanpa harus melakukan nikah ulang atau nikah baru (*tajdid an-nikah*) karena hal itu bertentangan dengan ketentuan Pasal 2 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Pemecahan masalah agar anak yang dilahirkan dari perkawinan yang demikian agar mendapatkan status hukum dapat ditempuh sesuai ketentuan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menyatakan “bila akta kelahiran tersebut dalam ayat (1) pasal ini tidak ada, maka pengadilan dapat mengeluarkan penetapan tentang asal usul seorang anak setelah diadakan pemeriksaan yang teliti berdasarkan bukti-



bukti yang memenuhi syarat”. Bukti-bukti dalam hal ini harus dikembalikan kepada asas umum pembuktian sesuai Pasal 284 Rbg dan 164 HIR untuk membuktikan adanya perkawinan yang sah ditambah bukti lain berupa bukti hasil pemeriksaan tes DNA untuk membuktikan bahwa anak tersebut benar-benar dilahirkan dari suami istri itu. Solusi ini juga sebenarnya mengandung konsekwensi apabila seorang anak dinyatakan sebagai anak sah dari hasil perkawinan poligami di bawah tangan tersebut, walaupun tidak dinyatakan secara tegas, akan berakibat secara tersirat pengadilan telah mengakui adanya perkawinan yang menurut undang-undang terdapat halangan.

Akibat hukum terhadap anak-anak yang dilahirkannya dari perkawinan yang telah memenuhi peraturan syara’ tidak dapat dinyatakan sebagai anak zina yang identik dengan anak di luar perkawinan, melainkan sebagai anak yang sah dengan segala konsekwensi hukumnya, seperti akibat perkawinan tidak tercatat itu menyebabkan anak-anak yang dilahirkan nasabnya dihubungkan kepada kedua orang tuanya itu, demikian pula hak dan kewajiban orang tua terhadap anak-anak seharusnya berjalan sebagai mana mestinya, di antara mereka dapat saling mewarisi satu dengan yang lainnya dan apabila anak yang dilahirkan itu perempuan, maka ayahnya berhak menjadi wali anak perempuannya berlaku secara natural (alamiah) saja. Oleh sebab itu, untuk mendapatkan kepastian hukum harus dilakukan isbat nikah di pengadilan Agama.

Penetapan asal usul anak ini sendiri sangatlah penting sebagai dasar untuk menunjukkan adanya hubungan nasab dengan ayahnya. Karena tidak semua anak terlahir dengan memiliki hubungan nasab yang jelas dengan ayah biologisnya, yakni anak-anak yang terlahir diluar perkawinan yang sah. Penetapan asal usul anak dalam Hukum Islam dikenal dengan istilah isbatun nasab, Nasab sendiri secara etimologis merupakan kosakata bahasa Arab yang berarti kerabat. Menurut Ibn-al Arabi sebagaimana di kutip al-Qurtubi, menyatakan bahwa nasab merupakan bentuk hasil percampuran air laki laki dan perempuan yang sesuai dengan syariah. Pernyataan ini secara tegas menyatakan bahwa nasab hanya berasal dari hubungan sah antara laki laki dan perempuan.<sup>125</sup> Wahbah Zuhaili menyatakan bahwa nasab adalah suatu pondasi yang kokoh bagi bangunan keluarga yang berdasarkan kesatuan darah atau pertimbangan yang satu adalah bagian dari yang lain. Seorang anak adalah bagian dari ayahnya dan seorang ayah adalah bagian dari anaknya.<sup>126</sup> Nasab berarti pengakuan secara syar'i bagi hubungan seorang anak dengan garis keturunan ayahnya sehingga anak menjadi salah seorang anggota keluarganya dan dengan demikian sang anak berhak mendapatkan hak-hak sebagai akibat adanya hubungan nasab.

Dalam Hukum Islam penetapan asal usul anak dapat dilakukan dengan cara pengakuan (*istilhaq*) dan pembuktian (*albayyinah*). Adapun dalam Pasal 55 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun

---

<sup>125</sup>D.Y.Witanto, *Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin Pasca Keluarnya Putusan MK Tentang Uji Materiil UU Perkawinan*, Jakarta: Prestasi Pustaka, 2012, h. 78.

<sup>126</sup>Wahbah Zuhaili, *al Fiqh al Islam wa adillatuhu*, Damaskus: Darl Fikr,1989, h. 673.

1974 ayat (1) dijelaskan bahwa asal usul seorang anak hanya dapat dibuktikan dengan akta kelahiran. Kemudian pada ayat (2) disebutkan bahwa, bila akta kelahiran tersebut dalam ayat (1) tidak ada, maka Pengadilan dapat mengeluarkan penetapan tentang asal usul seorang anak setelah diadakan pemeriksaan yang teliti berdasarkan bukti-bukti yang memenuhi syarat.



## BAB IV

### PENUTUP

#### a. Kesimpulan

Berdasarkan penelitian yang telah dilakukan, maka dapat disimpulkan sebagai berikut :

1. Proses isbat nikah di Pengadilan Agama dapat menimbulkan problem karena interpretasi rumusan tekstualnya. Secara normatif peraturan harus mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak multi tafsir dan logis dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma yang lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma baik berbentuk kontestasi norma, reduksi norma atau distorsi norma. Karenanya selain diperlukan aturan yang jelas juga diperlukan payung hukum. Pilihan payung hukum yang mudah dan rasional adalah positivisasi Kompilasi Hukum Islam melalui Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang atau Perpu.
2. Terhadap alat bukti berupa surat keterangan menikah dan kartu keluarga, telah terjadi pelanggaran terhadap tata administrasi negara dan pelanggaran terhadap Undang-Undang Nomor 24 tahun 2013 Tentang Administrasi Kependudukan, Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan, Undang Undang Nomor 24 Tahun 2013 dan Kompilasi Hukum Islam. Karenanya berkaitan dengan isbat nikah pemohon cukup mengajukan permohonan dan memenuhi tiga unsur yaitu *iqrār* (pengakuan), *syahādah* (Kesaksian) dan *Yāmin* (sumpah). Kemudian jika pemohon memiliki anak, maka Pengadilan Agama selain melakukan

isbat nikah sekaligus juga melakukan isbatun nasab atau penetapan asal usul anak.

**b. Saran**

Agar pemerintah membuat peraturan yang rinci dan jelas berkenaan dengan isbat nikah, sehingga peraturan itu bisa menjadi pedoman bagi semua pihak. Proses dan prosedur isbat nikah yang ada saat ini dapat memunculkan penyelundupan dan penyelewengan hukum. Karenanya, selain diperlukan aturan yang rinci dan jelas, juga diperlukan payung hukum terhadap pelaksanaan isbat nikah.

**c. Rekomendasi**

Berdasarkan hasil penelitian diatas, maka Peneliti merekomendasikan :

1. Agar Pengadilan Agama dalam melaksanakan isbat nikah bagi pasangan yang sudah memiliki anak atau keturunan, sekaligus melakukan itsbatun nasab. Hal ini perlu dilakukan terutama untuk menjaga kemurnian nasab.
2. Agar Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil tidak mengeluarkan dokumen kependudukan seperti kartu keluarga dan akta kelahiran bagi pasangan yang tidak memiliki buku nikah.